

*UNIVERSIDADE DA CORUÑA*  
*FACULTAD DE DERECHO*  
*DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO*  
*AREA DE DERECHO PROCESAL*



**UNIVERSIDADE DA CORUÑA**

## *ADN: Huellas Genéticas en el Proceso Penal*

*Tesis Doctoral presentada por:*

*Andrea Cristina Ramallo Machín*

*Dirigida por:*

*Dr. Juan Cámara Ruiz*

*Profesor Titular de Derecho*

*Procesal*

*A Coruña, 2015*



# ÍNDICE

## CAPITULO I

ADN: HUELLAS GENÉTICAS EN EL PROCESO PENAL	Pag.
I.- INTRODUCCIÓN	17
II.- CONSIDERACIONES CIENTÍFICAS PREVIAS	17
A.- La Técnica	23
B.- Línea materna- Línea Paterna	31
C.- Intervenciones corporales	
D.- El ADN en España	31
III.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS	
A.- MEDIATOS e INMEDIATOS	34
B.- Principios y recomendaciones	43
a) Definiciones	44
b) Ámbito y limitaciones	44
c) Utilización de muestras	44
d) Toma de muestras	44
e) Recurso a la realización de prueba de ADN	46
f) Acreditación de los laboratorios y control	47
g) Protección de datos	48
h) Almacenamiento de muestras y datos	48
i) Igualdad de armas	50
j) Normas técnicas	50
k) Propiedad intelectual	51
l) Intercambio de información transfronterizo.	51

IV.- CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO	51
V.- RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA DE 9 DE JUNIO DE 1997	53
VI.- DECLARACIÓN DE BILBAO	55
VII.- DERECHO COMPARADO	58
1.- ALEMANIA	57
a) Legislación.	58
b) Obligatoriedad del sometimiento	58
c) Ámbito no codificante	60
d) Emisión del peritaje.	62
e) Bases de datos de ADN	65
2.- REINO UNIDO	68
a) La legislación	70
b) Clases de muestras	73
c) Investigaciones para ver si ha tomado parte en otro delito	74
d) Destrucción de muestras	75
e) Ley de Prevención del Terrorismo	76
f) La Base Nacional de datos de ADN	77
g) Responsabilidades	78
h) Control de calidad	80
i) Origen	80
j) Procedimiento	81
k) Realización de análisis y contraste con la base de datos	82
l) Concordancia en la base de datos	83
m) Destrucción de muestras, perfiles, registros de datos	83
n) Ley de Protección de datos	84
3.- ITALIA	88
4.- PORTUGAL	89
5-FRANCIA	90

6- OTROS PAISES EUROPEOS	96
7.- ESTADOS UNIDOS	97
a) La legislación	97
b) Consentimiento	98
c) Extensión	99
d) CODIS	101
e) Control de calidad	104
f) Aspectos técnicos	105
8.- ARGENTINA	
a) Ley sobre el Banco Nacional de Datos Genéticos	109
b) Ley 26.549 y su artículo 218 <i>bis</i> CPP Nación	111
c) El caso “Vázquez Ferrá”	113
d) Jurisprudencia y artículo 218 bis del CPP Nación	115
e) Evolución jurisprudencial	119
i) Jurisprudencia Penal	120
ii) Jurisprudencia Civil	130
f) Ponderación de derechos en juego	134
g) ¿Allanamiento domiciliario o compulsividad física?	139
h) La proyección de la sentencia en el régimen filiatorio	142

## CAPITULO II

I.-DERECHOS FUNDAMENTALES	149
1) .- El principio de legalidad o reserva de ley	152
2) .- El principio de intervención judicial a través de resolución motivada.	155
3) .- El principio de proporcionalidad.	159
a) Exclusión si la obtención de la muestra puede comportar daño físico.	161
b) Obtención de a muestra que resulte menos perjudicial	161
c) Personal apto para realizar la extracción de muestra	161
d) Respeto a la dignidad humana	162

e) Limitación de ciertos delitos	162
f) Adecuación subjetiva el problema del sospechoso	162
g) Idoneidad de a prueba en el caso concreto	163
h) Partes del ADN susceptibles de análisis y cuantificación	163
i) ¿ Pruebas masivas de ADN?	164
j) Exclusión de a fuerza para la obtención de la muestra	164
k) Breve referencia a los datos personales.	164
 II.- LA HUELLA GENÉTICA	 164
1) Introducción	164
2) Las huellas genéticas como actos de investigación	166
3) Actos de investigación	168
i) Intervenciones corporales	169
ii) Informes periciales	177
iii) Teoría del fruto del árbol envenenado	179
iv) Procedimientos técnicos y cadena de custodia	182
v) La identificación a través de huellas de ADN	189
a) Objeto	189
b) Prueba dubitada	194
c) La recogida de restos y vestigios	194
d) Finalidad	196
e) El análisis de los perfiles obtenidos	196
f) Contraste con perfiles genéticos obtenidos e interpretación de resultados	197
g) Requisitos	199
h) Orden judicial	203
i) Toma de muestras contra el consentimiento del interesado	205
j) Toma de muestras obtenidas de vestigios	

procedentes directamente del imputado	
sin su consentimiento:	217
k) Utilización	218
l) Efectos de la negativa	232
ll) El consentimiento del interesado	242
m) Procedimiento	247

### CAPITULO III

LA PRUEBA DE ADN EN EL JUICIO ORAL	
CONCLUSIÓN DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN	253
A) Medidas cautelares para el aseguramiento y preservación de las pruebas e intercambio en el ámbito europeo.	243
B) LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL	259
a) La declaración del acusado	261
b) Valoración una vez practicada la prueba	261
c) Comunicación en el momento del juicio	266
C) RECOMENDACIONES DE LEGE FERENDA	268
D) ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA REFORMA	279

### CAPITULO IV

#### BASES DE DATOS

A) FICHEROS POLICIALES DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL	285
B) FICHEROS POLICIALES DE DESAPARECIDOS	287
C) PERSONAS CUYOS PERFILES SE INCLUYEN	288
D) LA COMISIÓN NACIONAL SOBRE E USO FORENSE DEL ADN	301
E) TIEMPO DE CONSERVACIÓN DE LAS MUESTRAS Y DE RESULTADOS DE LOS ANÁLISIS	303
F) BASES DE DATOS EN GENERAL	309
G) ARCHIVOS DE ADN PARA LA INVESTIGACIÓN	311

H) REGISTROS DE DESAPARECIDOS	312
I) LOS BANCOS DE DATOS POBLACIONALES	313
J) BIOBANCOS DE MUESTRAS BIOLÓGICAS	315
K) OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE AS BASES DE PERFILES DE ADN PARA INVESTIGACIÓN CRIMINAL	317
L) DERECHOS FUNDAMENTALES INVOLUCRADOS	318
LL) PRINCIPIOS REGULATIVOS DE AS BASES DE DATOS DE PERFILES DE ADN	318
M) LEY ORGÁNICA 10/2007	320
a) Objetivos	322
b) Aspectos generales	323
c) Sujetos de la base de datos	325
d) Objeto de la base de datos	329
N) PERFILES REALIZADOS A PARTIR DE MUESTRAS OBTENIDAS CON O SIN EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO	330
Ñ) PERFILES INSCRIBIBLES EN ATENCIÓN AL DEITO INVESTIGADO	331
O) CALIDAD Y SEGURIDAD DE LAS MUESTRAS, LOS ANÁLISIS Y LOS DATOS	335
a) Acreditación de los laboratorios	335
b) Seguridad de los ficheros	337
c) Uso y cesión de los datos	337
P) ACCESO: DELIMITACIÓN EN EL CASO DE JUECES Y FISCALES	337
Q) LA CESIÓN DE OS DATOS	338
R) CESIÓN A LAS AUTORIDADES DE TERCEROS PAÍSES	339
S) CESIÓN A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	340
T) CESIÓN AL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA	340
U) CANCELACIÓN DE LOS REGISTROS	341
V) DERECHOS DE ACCESO Y RECTIFICACIÓN	341
W) REGISTRO CENTRAL DE DELINCUENTES SEXUALES.	349
CONCLUSIONES	353



GLOSARIO DE TÉRMINOS	361
BIBLIOGRAFÍA	365

## ABREVIATURAS

A Auto

ADN Ácido Desoxirribonucleico

ANmt ADN mitocondrial

AP Audiencia Provincial

ARN Ácido Ribonucleico

Art./Arts. Artículo/s

BGH Tribunal Supremo Federal Alemán

BNDG Banco Nacional de Datos Genéticos de Argentina

BOE Boletín Oficial del Estado

BP Pares de bases

BVERfG Tribunal Constitucional Federal Alemán

CC Código Civil

CE Constitución Española

CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos

CGPJ Consejo General del Poder Judicial

Cit. citada

CODIS Sistema de Índice Nacional Combinado de ADN (Combined DNA Index System)

DSFL Laboratorio holandés de Ciencias Forenses.

EDNAP Grupo Europeo para los perfiles de ADN(European DNA profiling Group)

ENAC Entidad Nacional de Acreditación

FBI Federal Bureau of Investigación

FJ Fundamento Jurídico

FSS Forensic Science Service

GEP-ISFG Grupo Español Portugués de la Sociedad Internacional de Genética Forense.

HLA Human Leucocyte Antigen

ISFG Sociedad Internacional de Genética Forense

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrim Ley de Enjuiciamiento Criminal  
LO Ley Orgánica  
LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial  
LORTAD Ley Orgánica de Regulación de Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal  
LPD Ley de Protección de Datos  
LR Likelihood ratio  
LRA Ley de Reproducción Asistida  
Núm/s Número/s  
Pág/s Página/s  
PCR Reacción en cadena de la Polimerasa  
SLPs Sondas single-locus (single locus probes)  
STC Sentencia Tribunal Constitucional  
StPO Ordenanza Procesal Penal alemana  
STRs Short Tandem Repeats. ADN microsatélite  
STS Sentencia Tribunal Supremo  
SWGDM Scientific Work Group for DNA análisis methods (Grupo científico de trabajo para los métodos de análisis de ADN)  
TC Tribunal Constitucional  
TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos  
TS Tribunal Supremo  
TSJ Tribunal Superior de Justicia  
TWGDM Technical Work Group for DNA análisis methods (Grupo Técnico de trabajo para los métodos de análisis de ADN)  
VNTRs Variable Number Tandem Repeats



## AGRADECIMIENTOS:

*Al finalizar un trabajo tan arduo y lleno de dificultades como el desarrollo de una tesis doctoral es ver que la magnitud de ese aporte hubiese sido imposible sin la participación de personas e instituciones que han facilitado las cosas para que este trabajo llegue a un feliz término.*

*Por ello, es para mí un verdadero placer utilizar este espacio para ser justa y consecuente con ellas, expresándoles mis agradecimientos.*

*Debo agradecer de manera especial y sincera al Profesor Juan Cámara Ruíz por aceptarme para realizar esta tesis doctoral bajo su dirección. Su apoyo y confianza en mi trabajo y su capacidad para guiar mis ideas ha sido un aporte invaluable. Que en su nombre hago extensivo a todas las autoridades de la Universidad de A Coruña, a la que siento como mi casa. Muchas Gracias*

*Quiero expresar también mi más sincero agradecimiento a la Dra. Ana González Tizón por su importante aporte y participación activa en el desarrollo de esta tesis. No cabe duda que su participación ha enriquecido el trabajo realizado. También Luis Hombreiro Inspector de la Policía Nacional.*

*A mi familia, es un privilegio compartir todos los días con personas como ustedes. Por la paciencia, por entender que en ocasiones la investigación resta tiempo de compartir con la familia.*

*A Zoe mi hija, Daniel mi compañero de toda la vida, mamá que siempre confías en mis capacidades más que yo misma, la nona , mi hermana Alejandra quien además colaboró académicamente en este trabajo, a Matías mi pequeño sobrino y a mi cuñado Hugo. A mis hermanas de la vida Pilar e Isabel por su apoyo incansable . Los amo con el alma, la vida no podría haberme dado un regalo mejor.*

*Gracias*



**CAPITULO I  
LOS PERFILES  
GENÉTICOS**





## I. INTRODUCCIÓN

La facilidad para obtener perfiles genéticos ha revolucionado la identificación humana para resolver casos criminales así como determinar relaciones biológicas de parentesco, comúnmente paternidad. Las repeticiones cortas en tándem, más bien conocido como STRs son los marcadores genéticos más utilizados con este fin. En 1985 Alec Jeffreys implementó el uso del material genético (ADN) para identificación humana, obteniendo un patrón de bandas parecido a un código de barras al que denominó huella digital del ADN (DNA fingerprinting). Actualmente a esta prueba se le conoce como perfil de ADN, huella genética, o simplemente prueba de ADN. Este perfil de ADN se ha demostrado que es prácticamente único e irrepetible, a excepción de los gemelos monocigotos, lo que permite diferenciar a cualquier persona de otra y establecer sus relaciones biológicas de parentesco. El ADN es el componente fundamental de los cromosomas y contiene la información hereditaria requerida para transmitir, de padres a hijos, similitudes y diferencias. El número de cromosomas de la especie humana es de 46, los cuales se agrupan en 23 pares: 22 de ellos llamados "pares autosómicos" no presentan diferencias de acuerdo al sexo; el restante, el par 23, "par sexual", tiene características diferentes determinadas por cada uno de los sexos. Los 23 pares de cromosomas están contenidos en el interior del núcleo celular. Si bien existen genes (los genes son trayectos de ADN localizados en determinadas zonas de los cromosomas) que transmiten familiarmente caracteres evidenciables, otros no lo hacen.

Esta excepción que acabamos de mencionar y que de algún modo podría ser el punto débil de la técnica, la probabilidad de que un examen genético determine que el ADN de dos personas coincide sin estar relacionadas entre sí es de uno en mil millones de casos. Cuando dos personas son hermanos, este margen de error aumenta a uno en diez mil casos. Los hermanos gemelos de por sí comparten el mismo material genético, lo que puede ser problemático a la hora de presentarse un examen de ADN como prueba judicial ante un tribunal.

Algunos casos de renombre fueron reflejados por la prensa, en Francia dos hermanos gemelos idénticos fueron arrestados en la investigación de una serie de violaciones, seis en total, cometidas en la ciudad francesa de Marsella entre septiembre de 2012 y enero de 2013. Se trata repartidores desempleados de 24 años, Elwin y Yohan. No se puede determinar cual es el responsable dado que las pruebas estándar de

ADN no permiten diferenciar el material genético de los gemelos. También podría darse el caso de que los dos fuesen culpables. En Argentina Provincia de Entre Ríos, Luis Wagner, condenado ya por dos violaciones ocurridas en 2010 y acusado de una tercera, dijo ante juez, fiscal y abogados, “No fui yo; fue mi hermano gemelo”. Se realizaron nuevos estudios y en el Servicio de Genética del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia se llegó a la conclusión que no se podía determinar a quien de ellos pertenecen los restos genéticos hallados en el lugar del delito, fue absuelto del tercer delito.

En un análisis normal se comparan 400 pares de bases de nucleótidos que componen el ADN para diferenciar a gemelos idénticos tendrían que compararse billones de ellos. Los dos cigotos que surgen del único óvulo tienen modificaciones posteriores que pueden alterar la expresión de la secuencia del ADN.

Así en 2013, un equipo de investigadores de la Universidad de Huddersfield, publicó un estudio<sup>1</sup> donde aseguran haber encontrado una técnica que sería capaz de diferenciar el ADN de gemelos idénticos. La técnica de los académicos se basa en la metilación del ADN humano<sup>2</sup>, el mecanismo que hace que ciertos genes se activen o no sin producir una alteración en la secuencia del ADN.

A medida que dos hermanos gemelos envejecen, pueden realizar un sinnúmero de acciones que produce cambios mediante la metilación, como por ejemplo comenzar a fumar cigarrillos, o que uno ingrese a un trabajo de oficina y el otro a un trabajo en exteriores. El análisis de los investigadores consistiría en someter las muestras de ADN a temperaturas cada vez mayores hasta que comiencen a romperse sus enlaces de hidrógeno, y como las dos secuencias de ADN deberían tener diferentes grados de metilación, esto se expresaría en que se romperían a temperaturas diferentes —lo que puede ser medido— permitiendo así establecer la diferencia entre dos gemelos idénticos. Los investigadores también están conscientes de que su técnica también tiene ciertas limitaciones. Por ejemplo, sería difícil diferenciar dos gemelos muy jóvenes, o

- 
- 1 Stewart L, Evans N, Bexon K, J, J. van der Meer D, . G. A, Williams, Differentiating between monozygotic twins through DNA methylation-specific high-resolution melt curve analysis, abril 2015.
  - 2 La metilación es la adición de un grupo metilo (- CH<sub>3</sub>) a una molécula. En biología del desarrollo, la metilación es el principal mecanismo epigenético. Aquí la metilación consiste en la transferencia de grupos metilos a algunas de las bases nitrogenadas ( C) del ADN situadas previa y contiguamente a una guanina ( G). Puesto que la metilación es fundamental en la regulación del silenciamiento de los genes, puede provocar alteraciones en la transcripción genética sin necesidad de que se produzca una alteración en la secuencia del ADN, siendo uno de los mecanismos responsables de la plasticidad fenotípica.

que hayan sido criados en entornos demasiado similares como para diferenciarse. Finalmente, también está el problema que se requiere de una gran cantidad de muestras, algo que no siempre estará disponible si se utiliza para la investigación forense.

Aquellas áreas de ADN que no transmiten información para características hereditarias detectables, pueden organizarse como "secuencias repetitivas", que son pequeños fragmentos de ADN de idéntica composición que se repiten varias veces. Las técnicas de identificación por ADN nuclear se apoyan en esta propiedad de ese ADN que consiste en repetirse en determinadas zonas de los cromosomas. El ADN posee igual estructura, y por ende las mismas secuencias repetitivas en todas las células presentes en el organismo. El análisis del ADN con fines de identificación implica el empleo de técnicas de laboratorio que utilizan diversos "marcadores" o "sistemas", los que podrían definirse conceptualmente como instrumentos que investigan esos fragmentos de ADN en los cuales se instalan las secuencias repetitivas aludidas. Los resultados que se logran de este análisis de diversas áreas de ADN configuran, en conjunto, el perfil genético propio de cada individuo. El perfil genético, así definido, tiene una capacidad discriminativa de gran potencia para diferenciar personas. Es esa cualidad del método, que le permite discriminar con altos grados de certeza, la que explica la denominación de "huellas digitales genéticas" o "fingerprints" de la literatura anglosajona, que suele utilizarse para designar este sistema de identificación.

La estructura del ácido desoxirribonucleico o ADN es bien conocida: una doble cadena que gira sobre sí que contiene información hereditaria codificada solo por cuatro "letras" o nucleótidos: A, G, C y T (adenina, guanina, citosina y timina, respectivamente). El ADN es importante porque su información es necesaria para el funcionamiento de la célula, ya que contiene las "instrucciones" para sintetizar proteínas<sup>3</sup>, quienes propiamente llevan a cabo las diferentes funciones celulares, en forma de enzimas, hormonas, receptores, transportadores, moléculas estructurales, de contracción, soporte, inmunológicas, etc. En muchas ocasiones como en este caso, convergen la ciencia biológica, la identificación por el ADN, con el mundo jurídico -la identificación por el ADN como objeto de una prueba pericial científica-. Surgiendo algunos problemas e interrogantes, basando sus soluciones, no en criterios propios de

---

3 Butler JM. "*Forensic DNA typing*". Elsevier Academic Press, Burlington, MA, USA. pág. 201-240. (2005).

las ciencias biológicas, sino en los principios y valores constitucionales que informan el sistema procesal penal.

En definitiva, la ciencia busca la verdad a un precio distinto al derecho. El mundo jurídico no puede intentar alcanzar la verdad a cualquier precio, teniendo, sin ir más lejos, una serie de limitaciones "formales", entre las que destacan la prohibición de utilizar las fuentes de prueba obtenidas con violación de los derechos fundamentales, tal y como establece el art. 11.1 LOPJ. Siendo evidentes los grandes avances que se han producido en los últimos años en el campo de la biología genética, no significa esto que las modernas técnicas científicas puedan utilizarse sin más para basar sobre ellas la condena o la absolución de un acusado. En última instancia, nos encontramos con un problema de política legislativa. La Constitución de 1978, interpretada por el Tribunal Constitucional, impone un sistema procesal penal revestido de un conjunto de garantías, las cuales pueden chocar en aspectos concretos con el fin de la ciencia natural de alcanzar la verdad de los hechos, y no a cualquier precio, si a un precio distinto al que está dispuesto a pagar nuestro Estado de Derecho.

Desde que en la década de los noventa comenzó a incorporarse en los ordenamientos del entorno europeo una regulación específica sobre el uso de técnicas genéticas o de ADN en la investigación penal, este proceso ha experimentado una notable expansión. Se podrían destacar como fenómenos por un lado la notable expansión en el catálogo de infracciones penales cuya investigación y prueba admite el recurso a las técnicas de ADN; en segundo término a paralela reducción en la intensidad de la imputación exigible para acceder a dichas técnicas y en tercer lugar la reducción de las garantías que rodean la aplicación de las mismas. Encontramos los siguientes núcleos problemáticos en relación a las modernas pruebas biológicas, de las que el paradigma actual lo constituye la identificación por el ADN:

1. La naturaleza jurídica de los actos de identificación por el ADN, teniendo que diferenciarse entre actos de prueba y meros actos de investigación criminal.

2. La necesidad y/o la posibilidad de realizar intervenciones corporales con el fin de poder practicar una prueba pericial científica.

3. Toda una serie de garantías y presupuestos que han de respetarse en los casos concretos en los que se pretenda utilizar los modernos conocimientos científicos como medios jurídicos de prueba.

En torno a estos ejes girará nuestro trabajo de investigación, pretendiendo abordar de manera integral los diversos aspectos relacionados con la diligencia de análisis de perfiles de ADN, así como las cuestiones con ella vinculadas. Teniendo en cuenta que si por prueba entendemos aquella actividad que los sujetos de un proceso realizan, bajo los principios de inmediación, contradicción y publicidad, en el juicio oral ante el órgano jurisdiccional con el fin de lograr la convicción del juzgador sobre la veracidad de las afirmaciones de hecho de las partes, y por actos de investigación penal aquella actividad que diversos sujetos, como pueden ser la policía judicial, los fiscales o los jueces de instrucción, realizan en la etapa de instrucción de un proceso penal con el fin de comprobar o averiguar la realización de hechos delictivos y a sus autores, queda patente su diferencia estructural, aunque externamente ambas actividades puedan parecer idénticas. Así, a un experto científico puede parecerle que de hecho realiza la misma actividad cuando informa sobre un hecho investigado por él a los fines de averiguar alguna circunstancia del hecho delictivo perseguido penalmente, a cuando ese informe constituye una prueba pericial.

Pero, jurídicamente, la investigación se dirige a descubrir o comprobar hechos, mientras que la prueba lo que intenta es lograr la convicción del juez sobre la veracidad de los hechos afirmados por las partes. La prueba tiende a posibilitar la destrucción de la presunción de inocencia, y con ello alcanzar una sentencia condenatoria. Los actos de investigación tienden a lograr la acusación y la defensa. Naturalmente que la distinción jurídica entre actos de mera investigación y actos de prueba se basa en el propio sistema procesal penal, como sistema acusatorio-formal, y así en los principios que lo informan.

La prueba ha de realizarse en el juicio oral (art. 741 LECrim.), por lo tanto, en un juicio concentrado, informado por la contradicción y la igualdad de las partes, siendo valorada libremente por el juzgador. El sistema de la libre valoración, correctamente entendido, que no quiere decir en modo alguno que el juzgador sea libre de seguir sus caprichos, impresiones o sospechas, sino que debe proceder a una deducción lógica, partiendo de unos datos fijados con certeza. Por ello, la íntima convicción del órgano judicial no puede resultar nunca equivalente a despotismo, capricho o arbitrariedad <sup>4</sup>.

Por ello, se ha de distinguir entre el juez sentenciador y el juez investigador, teniendo que practicarse las pruebas ante el juez sentenciador, basando éste su

---

4 PÉREZ-CRUZ M, A, Derecho Procesal Penal, Thomson Reuters - Civitas, 2010, pp. 493-494.

convicción, y así la posible condena, en las pruebas practicadas.

Las técnicas de ADN se descomponen en una variedad de actuaciones, cada una de las cuales presenta características autónomas, por un lado, la recogida de las muestras biológicas presuntamente procedentes del autor de los hechos que se encuentran en el lugar de su comisión o en el cuerpo del delito. Por otra parte, las muestras obtenidas han de ser analizadas genéticamente, es decir, hay que determinar el perfil o la huella genética que permita identificar a su portador. Luego hay que proceder a elaborar igualmente el perfil de ADN pero, ahora sí, de una persona conocida, a saber, el presunto autor de los hechos. Para ello será preciso obtener una cantidad mínima de material celular de la persona a la que se imputa la participación en el hecho delictivo mediante lo que se denomina “intervención corporal”. Este material celular ha de ser, al igual que las muestras halladas, analizado genéticamente para elaborar su perfil. Por último para asegurar una mayor eficacia en el esclarecimiento de futuros hechos delictivos se pueden almacenar el resultado del análisis genético obtenido en ficheros o bases de datos. Estas dos etapas tendrán su reflejo en nuestro trabajo

Las pruebas del ADN han supuesto un trascendente avance; que tanto en el proceso penal como en materia de filiación tienen una especial trascendencia, considerándose por algunos sectores como una incuestionable prueba, panacea de los medios probatorios. Por sus propios condicionamientos, van a exigir que se permita una excepción a las reglas sobre las pruebas en el proceso penal. Y dicha excepción, también admitida para otra serie de actos que se desarrollan en la fase de investigación de un proceso penal, constituye un supuesto de la denominada prueba preconstituída. De tal manera que determinados actos de investigación, que por su propia naturaleza no pueden ser realizados en el juicio oral, podrán, no obstante, obtener la naturaleza de actos probatorios, siempre que se garantice la contradicción de las partes mediante su reproducción en el juicio oral.

Pero aquí nos encontramos con dos problemas diversos:

a) La pericia no puede volver a practicarse en el juicio oral por su propia naturaleza (por ejemplo: los métodos alcoholimétricos). Entonces la solución jurisprudencial consiste en permitir la realización de la prueba con anterioridad al juicio oral, pero, en garantía del principio de contradicción, habrán de acudir al juicio oral los peritos que realizaron tales actos de prueba con el fin de ratificar sus informes, pudiendo

alegar al respecto las partes lo que tengan por conveniente para su defensa.

b) La pericia ha sido realizada en la etapa de instrucción, pero los sujetos que la han efectuado, a los que se ha de acudir por la complejidad de los métodos de investigación que han de emplearse, y por la necesidad de dotar a tales técnicas de la máxima fiabilidad posible, no son otros que determinadas instituciones oficiales cualificadas, como pueden ser la Escuela de Medicina Legal, el Instituto de Toxicología, los Laboratorios de Policía Científica, etc.

Estas son las soluciones de nuestra jurisprudencia, pero ha de tenerse bien presente que también la doctrina precisa que, respecto al segundo supuesto, alguna de las partes impugne la prueba pericial, negando su veracidad o criticando su contenido, o en muchos casos la cadena de custodia de las muestras por tanto deberá someterse a contradicción en el juicio oral el informe pericial presentado, por lo que habrán de ser citados a la etapa probatoria del juicio oral los peritos en cuestión al objeto de presentar sus informes periciales.

## II.- CONSIDERACIONES CIENTÍFICAS PREVIAS

### A.-La técnica

La identificación de las personas con fines de investigación criminal mediante ciertas mediciones corporales físicas o de otro tipo, no es nueva. Contamos a este respecto con diversas técnicas biométricas que se han ido desarrollando, siendo una de las primeras, o al menos, la que más éxitos cosechó en su momento, la ideada en el siglo XIX por Alphonse Bertillon<sup>5</sup> con sus mediciones antropométricas, basándose en la invariabilidad de ciertas partes del cuerpo, en particular algunas de la cabeza y de las manos; y la fiabilidad y extensión que fueron ganando las huellas dactilares, mediante la técnica de la dactiloscopia, que se basa en el carácter perenne, inmutable y diversiforme de aquellas, y que fue introducida en España por Federico Olóriz.<sup>6</sup>

A la hora de seleccionar una técnica biométrica determinada se pondera de forma especial la relación existente entre su fiabilidad y su coste, no sólo desde el punto de vista económico (eficiencia), sino también de su eficacia, rapidez y sencillez en la

---

5. A quien le preocupaba reconocer a los delincuentes que en caso de evasión o reincidencia intentan ocultar su identidad, cambiando de nombre o mutilando su cuerpo.

6 OLÓRIZ F. *Manual para la identificación de delincuentes de Madrid*, Brucelas. (1911). Sus investigaciones dactiloscópicas le llevaron a elaborar, a partir de los trabajos de Alphonse Bertillon, una técnica de identificación personal a partir de las huellas dactilares .



práctica concreta de la identificación, así como que pueda transferirse a algún soporte informático, (y, en su caso, red) en particular a un fichero en el que ya figuren los datos biométricos adaptados con fines identificativos.

El uso extendido de las técnicas biométricas plantea diversos problemas éticos y jurídicos. En cuanto a los primeros, se alega el riesgo de deshumanización de las personas, dado que son sistemas burocráticos y despersonalizados de identificación: supone una intromisión excesiva en la intimidad y la vida privada de las persona, incluyendo la cuestión de qué información podría hacerse pública y cuál no; puede utilizarse con fines de vigilancia y control de las personas más que de identificación, incluso de restricción de sus movimientos.

Muchos de los aspectos jurídicos vinculados con estas técnicas biométricas surgen también en relación con el uso de los perfiles de ADN. Si los datos biométricos pueden ser considerados legalmente como datos de carácter personal; cuáles son los derechos fundamentales que pueden verse afectados: el derecho a la protección de datos de carácter personal y a la intimidad, la libertad ambulatoria, al poder estar condicionados los movimientos a la superación de las identificaciones biométricas; prohibición de discriminación o estigmatización por las características biológicas; la dignidad de la persona, por el riesgo de instrumentalización del ser humano; e incluso, el derecho a la integridad física en relación con algunas técnicas, como es la medición del iris o de la retina o la obtención de muestras biológicas para realizar los perfiles de ADN, por muy remotos que puedan ser los riesgos. También es posible que se implanten estas técnicas sin el conocimiento del usuario (p. ej., medición de la temperatura en determinadas circunstancias aisladas).

En la actualidad han ganado interés las identificaciones a través de los perfiles de ADN y su utilización es habitual, no solo con fines de investigación criminal, sino también para otros, como la determinación del parentesco biológico, la identificación de restos cadavéricos y la localización de desaparecidos, especialmente en situaciones catastróficas<sup>7</sup> naturales o provocadas. Una de las características de nuestro material genético básico, la molécula de ADN, es la presencia de diferencias entre individuos, esto es, la presencia de polimorfismos. Dentro del ADN debemos distinguir el ADN

---

<sup>7</sup> Aurora Valenzuela Garach profundiza sobre el papel que juega la odontología forense en la identificación de desaparecidos en grandes catástrofes. Revista Aragonesa de Medicina Forense N° 7 del 2005 pág. 11



codificante y el no codificante. Algunas de las diferencias se observan en ADN codificante y reflejan las variaciones que existen entre individuos en sus proteínas. Precisamente el primer polimorfismo de ADN fue descubierto en ADN codificante por Whyman y White en 1980. El ADN codificante es, sin embargo, muy poco variable salvo la región de los HLA, cuya variabilidad ya era conocida por los productos de expresión. La mayor parte del ADN humano es no codificante, lo que significa que no está transcrito a ARN y, en consecuencia, no tiene relación con las variaciones proteicas.<sup>8</sup>

Desde hace unas décadas se está trabajando en otras técnicas biométricas más sencillas y no menos fiables, así como con el poderosísimo recurso instrumental que aportan las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC). Por otro lado, el interés de estos procedimientos no se limita a la investigación criminal, sino que se está extendiendo a otros usos civiles respecto de los cuales se requiere una identificación segura de algunas personas, como son los relacionados con transacciones comerciales, (el comercio y otras transacciones electrónicas), sistemas bancarios y financieros, sistemas de identificación sanitaria, el acceso a lugares restringidos, control de los movimientos de las poblaciones inmigrantes, en particular sobre el origen étnico y geográfico y las relaciones familiares de estas personas, etc. Por consiguiente siguiendo a Romeo Casabona<sup>9</sup>, quien hace referencia a la terminología usada por ejemplo por Marino Tapiador,<sup>10</sup> desde un punto de vista jurídico, la Biometría puede ser definida como el conjunto de técnicas y procedimientos automatizados de identificación y verificación individual de las personas por medio de sus características biológicas. Estas características han de ser inherentes a cada individuo, intransferibles y no transportables ni susceptibles de cesión (como ocurre con los documentos de identificación), y pueden ser:

1.- Anatómico-físicas (estáticas), como son las huellas dactilares, el iris, la retina, la forma de la mano, el ADN, reconocimiento facial, etc.

2.-Relativas al comportamiento (dinámicas): la firma manuscrita, la forma de

---

8 WYMAN, A. R., WHITE, Y. R., "A highly polymorphic locus in human DNA", Proceedings of the National Academy of Sciences, EE:UU., vol. 77, 1980, págs. 6754 y ss.

9 ROMEO CASABONA C. "Los identificadores del ADN en el sistema de justicia penal". Thomson Reuters, 2010.

10 MARINO TAPIADOR M, SIGÜENZA JUAN A, "Tecnologías biométricas aplicadas a la seguridad". Editorial RAMA, 2005.

caminar, los gestos, la forma de pulsar las teclas de un aparato o instrumento, la voz.

La validez de estas técnicas está condicionada a la concurrencia de determinadas características y circunstancias, por lo que han de ser:

- 1.-Universales, es decir, que las posean todos los seres humanos.
- 2.-Individualizados, que permitan diferenciar a unos individuos de otros.
- 3.-Irrepetibles, lo que garantiza que cada individuo posea esos rasgos de forma excluyente.
- 4.-Permanentes, que no se modifiquen con el paso del tiempo.
- 5.-Inalterables, en el sentido de que no se puedan modificar a voluntad de las personas, incluso aunque sea por procedimientos técnicos u otros o, en términos más amplios, que no permitan su manipulación o la suplantación de la identidad.
- 6.-Detección sencilla.
- 7.-Fiables, en el sentido de su precisión identificadora..

Los perfiles de ADN son, así, componentes corporales que pueden servir, y así se utilizan, como identificadores de las personas de las que proceden las muestras biológicas correspondientes. Constituyen, por consiguiente, un procedimiento biométrico singular que se utiliza particularmente, entre otros fines a los que aludiremos a continuación, como identificador policial en la investigación de algunos delitos.

Dentro de dichos componentes es el descubrimiento del polimorfismo del ADN en estas regiones lo que revolucionó la genética forense, porque se trata de un ADN con una enorme variabilidad entre individuos y por tanto con un gran potencial identificador. Los sucesivos descubrimientos han redundado en una mayor definición en la identificación.

1.- Fueron descubiertas las regiones Minisatélite o VNTR (Variable Number of Tandem Repeats) cuya aplicación forense se restringía a los casos en los que se podían obtener determinadas cantidades de ADN no degradado. Con posterioridad se descubrieron las regiones Microsatelites o STR (Short Tandem Repeats), más pequeñas que los VNTRs, y que podían ser analizadas mediante técnicas de amplificación génica, PCR (Polymerase Chain Reaction)<sup>11</sup> lo que permitió su aplicación a un gran número de

---

<sup>11</sup> La forma de obtener un perfil de ADN se basa en generar millones de copias o amplificar las secuencias del genoma que permiten diferenciar individuos, en este caso los marcadores STRs. Esta técnica permite replicar al ADN in vitro, y se conoce ampliamente por sus siglas en inglés como PCR (polymerase chain reaction). La PCR se realiza por ciclos de temperatura en los que básicamente suceden los siguientes tres pasos en cada ciclo: 1) desnaturalización, por calor se abren las cadenas de ADN, 2)

casos forenses en las que se obtenían cantidades críticas de ADN degradado.

El inicio de la historia de las aplicaciones forenses de los polimorfismos de ADN se puede situar en 1984 cuando Weller y Jeffreys y Wilson<sup>12</sup> descubrieron una región de ADN situada en uno de los intrones (partes no codificantes) del gen de la mioglobina humana, formada por cuatro repeticiones en tándem de una secuencia de 33 pares de bases (bp). En 1985, Jeffreys, Wilson y Thein<sup>13</sup> basándose en que esta región hipervariable mostraba una cierta similitud con la secuencia de otros genes hipervariables, diseñaron sondas de ADN, denominadas sondas multilocus, que podían determinar muchas de estas regiones hipervariables simultáneamente. Jeffreys y sus colaboradores consideraron que estos patrones serían prácticamente específicos para cada individuo, y los denominaron "DNA fingerprints" (huellas genéticas). Tanto en el caso de los VNTRs como en el de los STRs el principio básico del polimorfismo genético reside en la variación del número de veces que se repite en tándem una secuencia determinada (de 9-60 bases en el caso de VNTRs y de 1-7 bases en el caso de STRs).

En ambos casos se trata de regiones de ADN no codificante y, por tanto, de su análisis no se obtiene información alguna acerca de características físicas o fenotípicas del individuo (tales como la predisposición individual a padecer enfermedades de base genética).<sup>14</sup>

---

alineamiento de secuencias cortas conocidas como primers, que delimitan las regiones que se van a replicar, y 3) extensión, formándose cadenas nuevas de ADN por acción de la Taq polimerasa, una enzima termoestable capaz de añadir nucleótidos a los extremos de los primers. En cada ciclo de PCR se duplica la secuencia de interés (STRs), por lo que en solo 25 ciclos teóricamente habrá millones de copias, a lo que se conoce como "amplificado", lo que facilitará enormemente su análisis posterior. Para el análisis post-PCR hay que recordar que los alelos STRs se diferencian por el número de veces que se repite una secuencia, esto significa que el tamaño o longitud va a ser diferente de un alelo de otro. Para ver estas diferencias se emplea la electroforesis, técnica para separar moléculas en una superficie de soporte (gel) por acción de un campo eléctrico en base a la carga y tamaño de la molécula; las más pequeñas corren más rápido mientras las grandes se van retrasando.

12 WELLER, P., JEFFREYS, A. J., WILSON, V., "Organization of the human myoglobin gene", *EMBO Journal*, vol. 3, 1984, págs. 439 y ss.

13 JEFFREYS, A. J., WILSON, V., THEIN, S. L., "Hypervariable minisatellite regions in human DNA", *Nature*, vol. 314, 1985, págs. 67 y ss.

<sup>14</sup> Aunque en el primer momento de su aplicación forense, los minisatélites se analizaban tal como indicábamos anteriormente con sondas multilocus, pronto se limitó mucho su uso, principalmente por las dificultades en la estandarización del método aunque también por los problemas bioestadísticos de evaluación de los resultados. En la práctica forense sí tuvo, en cambio, gran valor el empleo de sondas de locus único (SLPs) que reconocen individualmente minisatélites de ADN con gran variabilidad entre las personas. En España los primeros casos forenses en que se utilizaron sondas de locus único fueron realizados por el Instituto de Medicina Legal de Santiago en 1987, simultáneamente al primer caso de aplicación forense de la prueba en Alemania e Italia.

Si bien el análisis de polimorfismos de ADN repetitivo supuso un gran avance en la Genética Forense, y aún son en la actualidad utilizados, principalmente en investigaciones biológicas de la paternidad, su uso forense posee algunas limitaciones. La primera es la imposibilidad de análisis de muestras minúsculas (por insuficiencia de la cantidad de ADN que se puede extraer) como pequeñas manchas de sangre, de esperma o pelos, lo que ocurre en la mayor parte del trabajo forense, en el ámbito de la investigación criminal en el que nos hemos de conformar con mínimas muestras encontradas en el lugar del crimen o en la víctima.

Otro problema era el análisis de muestras degradadas, tan frecuentes en casos médico-legales, con las que puede ser imposible obtener resultados con SLPs ya que las sondas usadas detectan frecuentemente fragmentos muy grandes (de más de 5000 bp) que se rompen con facilidad. Una limitación menor pero añadida, debida a la laboriosidad del método, es el tiempo de análisis, que implica que un problema médico-legal (una mancha o una paternidad) no pueda ser solucionado en menos de tres días con SLPs.

2.- El análisis de polimorfismos de ADN mediante la reacción en cadena de la polimerasa (PCR) solucionó muchos de estos problemas y actualmente la mayoría de los vestigios biológicos de interés criminal se analizan utilizando esta técnica. La PCR es una técnica de amplificación *in vitro* de pequeños segmentos de ADN, con la que a partir de una cadena única se pueden hacer millones de copias, de modo que el producto amplificado puede ser fácilmente analizado, incluso sin recurrir al uso de sondas. Los marcadores genéticos de interés médico legal susceptibles de análisis por PCR incluyen polimorfismos genéticos de ADN codificante (especialmente Hla Clase II), polimorfismos de ADN minisatélite (AMPFLPs), polimorfismos de ADN microsatélite (STRs), fragmentos hipervariables de ADN mitocondrial, haplotipos de cromosoma Y y loci específicos de cromosoma X e Y para el diagnóstico del sexo. Los microsatélites STRs, short tandem repeats<sup>15</sup>, son, con mucha diferencia, los marcadores genéticos más utilizados en el campo forense y consisten en repeticiones de dos a seis nucleótidos que se repiten un número muy variable de veces entre individuos. Las principales ventajas

---

<sup>15</sup> Hay que señalar que la nomenclatura (rango de alelos) de cada STR puede ser diferente, por ejemplo, para el marcador X los alelos pueden ir del 9 al 12, mientras para el marcador Y la nomenclatura va del 12 al 33, etc.

de los microsatélites son su estabilidad en muestras degradadas debido a su pequeño tamaño y la posibilidad de PCR múltiplex, amplificando varios STR simultáneamente, que otorga a los laboratorios forenses una capacidad de discriminación notable.

Entre los STRs, las repeticiones de dos nucleótidos son abundantísimas en el genoma, y de hecho, son los marcadores más utilizados en los análisis clínicos de ligamiento de marcadores genéticos a enfermedades, pero su uso en el campo forense se ha restringido debido a la frecuente presencia de bandas adicionales que hace que su seguridad técnica pueda ser cuestionada.

Las repeticiones de cuatro nucleótidos son las más utilizadas en el campo forense, pues unen una gran fiabilidad diagnóstica y un elevado polimorfismo.

En la actualidad, los STRs tetraméricos (llamados así por que la unidad de secuencia que se repite en tandem es de cuatro bases) son los sistemas cuyo uso se ha generalizado en los laboratorios de genética forense por tratarse de sistemas con un gran poder de discriminación y una gran sensibilidad y especificidad para el análisis de la variabilidad humana a partir de muestras forenses.

En un principio fue estandarizado el uso de STRs, simples, no extraordinariamente polimórficos pero muy seguros en el fenotipado con sistemas electroforéticos manuales. Con la introducción de los secuenciadores automáticos fue posible la estandarización de STRs complejos e hipervariables. Se caracterizan éstos por no poseer una repetición regular de unidades pero poseer, en cambio, una extraordinaria variabilidad entre individuos. Otra de las ventajas del uso de secuenciadores automáticos es que la tecnología de detección mediante láser de los productos de amplificación marcados con fluorocromos en los que están basados permite analizar numerosos STRs simultáneamente a partir de la misma muestra (PCR múltiplex), lo que simplifica notablemente el trabajo forense y la posible realización de bases de datos de ADN elaboradas con fines de investigación criminal. También se ha avanzado notablemente en la automatización total del proceso de análisis, por lo que la seguridad analítica es, actualmente, muy elevada.

Entre los individuos de una población puede tener diferentes formas alternas denominadas alelos. Estas secuencias permiten diferenciar a un individuo de otro y, al heredarse de padres a hijos, también permite establecer relaciones biológicas de parentesco, por lo que se les conoce como marcadores genéticos o marcadores

moleculares (por estar en la molécula del ADN). Cabe señalar que para cada marcador una persona tendrá dos alelos, uno materno y otro paterno, y a dicha combinación de alelos que recibimos de nuestros padres se le denomina genotipo . Específicamente las secuencias o marcadores empleados para realizar una prueba de ADN se caracterizan por tener repeticiones cortas en tándem, y son ampliamente conocidos por sus siglas en inglés como STRs (short tandem repeats) o microsátélites. A lo largo del genoma se encuentran miles de STRs que pueden ser usados como marcadores moleculares. Como su nombre lo dice, los STRs se componen de secuencias cortas repetidas, por ejemplo GATA, formando diversos alelos que se nombran por el número de veces que se encuentre la secuencia repetida; por ejemplo, el alelo 6 presentará seis veces la secuencia (p. ejem. GATA,GATA,GATA,GATA,GATA,GATA), y en una población podrían existir los alelos 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, etc. El par de alelos o genotipo de una persona para cada marcador STR (p. ejem. 6/9), permite diferenciarlo o relacionarlo con otras personas. Cuando la persona presenta dos alelos diferentes (uno materno y otro paterno), se dice que su genotipo es heterocigoto ; mientras cuando tiene un solo alelo se asume que recibió el mismo alelo de ambos padres, y se dice que su genotipo es homocigoto para el STR en cuestión. En una pareja de heterocigotos para alelos diferentes se pueden generar cuatro genotipos distintos en sus hijos, lo que permite diferenciar individuos estrechamente relacionados como los hermanos. Un perfil de ADN , que también suele llamarse huella genética, se genera obteniendo los genotipos de varios STRs, formando un código que presumiblemente puede llegar a ser único e irrepetible (6/9, 12/16, 17/21, 22/23, etc.).

#### B. Línea Materna ( mitocondrias) línea paterna ( cromosomas)

La identificación genética de determinados vestigios biológicos de interés forense como el análisis de la variabilidad genética del ADN mitocondrial se trata de un tipo de ADN heredado por vía materna (aportado sólo por el óvulo en la fecundación) que se encuentra presente en un gran número de copias en cada célula y que puede ser analizado a partir de muestras en las que no es posible el análisis de marcadores STR del ADN del núcleo celular (tallos de pelos, restos óseos antiguos).

La utilización de la prueba del ADNmt para la resolución de casos judiciales forenses es muy reciente. Así los primeros casos en que los resultados del análisis de

ADNmt fueron llevados a los tribunales en EE.UU. en junio de 1996 (FBI Crime Lab), a raíz de un caso de violación y posterior asesinato en Tennessee (caso P.W. Ware); y simultáneamente, en España, el primer análisis de ADNmt que se llevó a los tribunales data también de 1996 (sumario 2/95, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Puente Genil, Córdoba) y fue analizado en el Instituto de Medicina Legal de Santiago de Compostela.<sup>16</sup>

Recientemente se han descrito regiones STR en el cromosoma Y lo que permite de forma específica el análisis de la línea paterna, lo que tiene un gran interés en determinados casos forenses, en particular en el análisis del componente masculino de mezclas varón-mujer.

### C. El ADN en España

La utilización del ADN para realizar análisis en el ámbito de la Administración de justicia ha adquirido importancia en algunos procesos civiles (demandas de paternidad) y penales, en particular en aquellos hechos delictivos que pueden dejar vestigios biológicos del autor sobre la víctima, el lugar o los instrumentos del delito, así como de la víctima sobre el autor o sus pertenencias (delitos violentos, como el homicidio o contra la libertad sexual de las personas). La policía científica española comenzó a trabajar con muestras de ADN a principios de los años noventa, así la Sección de Biología del Instituto de Toxicología de Madrid emitió un informe en la investigación de un presunto delito de violación en que por primera vez se utilizó la tecnología del ADN, ocurrió en 1991 y los resultados fueron exculpatórios.

No cabe duda de que la trascendencia de esta prueba en el proceso penal en la investigación de delitos graves y de su autoría, han hecho necesario el desarrollo de un marco legal que regulara esta materia, sus aspectos de mayor importancia garantizando la protección de determinados derechos de las personas.

La sección de biología del Instituto Nacional de Toxicología y el Laboratorio del Servicio Central de Policía Científica están en condiciones de aplicar la compleja tecnología del ADN como método de identificación genética con plenas garantías de fiabilidad, vemos que la evolución de este tema es relativamente reciente, pues en el año 1992 una Sentencia del Tribunal Supremo cuestiona la infalibilidad de este tipo de

---

16 CARRACEDO, A., "La huella genética", (dir. García Barreno, P.), *50 años de ADN. La doble hélice*, ed. Espasa, Madrid, 2003, pág. 248.



pruebas<sup>17</sup>, como vemos su aceptación ha sido progresiva, de hecho en ese momento se utilizaban 8 marcadores de ADN y hoy en día las fuerzas de seguridad utilizan 16 marcadores más el sexo.

Es un instrumento particularmente útil para la identificación de cadáveres y la localización de desaparecidos (p. ej., en casos de accidentes en catástrofes naturales), o por interés histórico. Por tal motivo se ha ido incorporando firmemente en la práctica forense, habiendo dado lugar incluso a una especialidad dentro de la Medicina Forense: la Genética Forense. Con relación a las bases de datos de perfiles de ADN en España, la Policía Científica contaba con dos bases de datos: una con perfiles de ADN donado por familiares de personas desaparecidas, llamada Humanitas, y otra, Veritas, con perfiles de muestras recogidas durante las investigaciones de delitos.

Hay variedad de problemas que se pueden suscitar en relación con esta materia, e intentaremos abordar cada uno de ellos. Adelantando que no es fácil dar una respuesta uniforme y segura a todos ellos. Un tratamiento unitario de las intervenciones corporales no parece posible. Dentro del concepto de intervenciones corporales encajan actuaciones tan diversas y con tan distinto contenido invasivo como la toma de huellas dactilares, extracción de sangre, obtención de saliva, corte de cabello, examen de la cavidad vaginal o anal, exploración corporal superficial, el cacheo externo, extracción de orina, un examen radiológico, y algunas otras medidas que podrían afectar gravemente a la salud. Es evidente que no puede construirse un régimen común a medidas tan diferentes. Por otra parte, los derechos fundamentales que pueden estar afectados son muy variados y cambian según el tipo de medida a la que nos enfrentemos.

Dadas estas características técnicas así como su extraordinaria precisión, se han convertido en un instrumento muy valioso para la moderna pericia forense y, lo que es más importante, para un más satisfactorio ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y una respuesta más eficaz a las exigencias de la sociedad respecto a la persecución de los responsables de los delitos. Estas técnicas originan problemas que hacen necesario asegurar que se realicen con las suficientes garantías técnicas,

---

17 (...) “... El análisis de ADN, medio probatorio que propuso (...) la defensa del acusado y que fue declarada no procedente, lo fue porque está acreditado que dicha técnica está en período de experimentación (...) por lo que hasta ahora sus resultados no son fiables...” STS 1/01/1992 FJ 63 1º de 13 de julio.



procesales y de respeto a los derechos fundamentales afectados. Podríamos resumir, dando importancia a los que son de mayor relevancia en nuestra investigación los siguientes grupos:

- a) naturaleza y valoración procesal de sus resultados o perfiles de ADN;
- b) posible afectación de algunos derechos fundamentales del sujeto que se somete a examen;
- c) la creación de archivos con los resultados de los análisis de ADN (perfiles de ADN) realizados a los autores de algún delito, o sobre las muestras o vestigios biológicos obtenidos en la escena del crimen,

Como decíamos existen dos clases de ADN: el codificante y el no codificante,<sup>18</sup> si hacemos una comparación de los perfiles de ADN con las huellas dactilares vemos que estas últimas solo aportan información identificativa, pero los perfiles de ADN además, indican el sexo de la persona, su etnia y su filiación y/o paternidad (ascendientes y descendientes biológicos), entre otras informaciones de carácter personal, circunstancia que incide directamente en que aquél merece ya por sí mismo una mayor protección. El acceso al ADN no codificante para realizar los estudios de los perfiles comporta asimismo la posibilidad de acceder a todo el ADN, es decir, también al codificante: todo el ADN (codificante o no codificante) se halla ubicado de forma lineal y continua como secuencias de bases nitrogenadas en el núcleo de cada célula del cuerpo, de modo que sólo una vez iniciada su manipulación en el laboratorio se puede seleccionar la parte -genética o no genética- que se desea someter a estudio. Es decir, las características de la muestra en cuanto tal no permiten separar previamente una parte -o segmentos- del ADN de la otra -u otros-; el acceso para los estudios forenses pertinentes es a todo el ADN.

---

18 El primero de ellos es el que contiene la secuencia de los genes, el material genético al que corresponde la función de producir («expresar» a través del ARN) las proteínas que dan lugar a los rasgos físicos de los individuos (el fenotipo), los cuales son transmitidos por los mecanismos de la herencia. De este material puede obtenerse información sobre la salud presente o futura (en términos predictivos de seguridad o de predisposición o susceptibilidad) del sujeto sometido a los análisis pertinentes, así como de los riesgos de transmitir alguna enfermedad hereditaria a su descendencia. Sin embargo, presenta escasa variabilidad de unos individuos a otros, a salvo del HLA (antígenos leucocitarios humanos). De ahí el interés que existe en limitar el acceso a este material, la realización de análisis sobre el mismo y la difusión de los resultados de estas pruebas. El otro ADN, el no codificante, carece de las capacidades del anterior -no se expresa en proteínas a través del ARN-, pero es mucho más abundante y, sin entrar ahora en sus funciones -por lo demás, no muy bien conocidas todavía-, presenta como característica más destacable su gran variabilidad de unas personas a otras o, lo que es lo mismo, su elevado polimorfismo.

España es uno de los pocos países que hasta LO 10/2007 no había regulado la creación ni la utilización de estos bancos de material identificativo, si bien se quiso de algún modo paliar esta laguna con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, regulando el uso de las pruebas de ADN en las investigaciones y permitiendo que el juez instructor pueda autorizar la muestras de sospechosos de delitos graves.<sup>19</sup> Con fecha 8 de octubre de 2003 se aprobó la Ley Orgánica 10/2007, reguladora de la Base de datos Policial sobre Identificadores Obtenidos a través de ADN. En este archivo se volcarían todos los perfiles genéticos de los cuatro registros existentes en las Fuerzas de Seguridad del Estado.

### III.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS:

#### A.- MEDIATOS e INMEDIATOS

a) En España: La utilización de las técnicas de ADN para el esclarecimiento de hechos delictivos ha supuesto una revolución en la investigación de la autoría del delito. Los profesionales del derecho recurren en el procedimiento penal a la solicitud de esta práctica probatoria, a su aplicación y valoración, según el papel que a cada uno le toca desempeñar, en muchos casos con excesiva ligereza, en la creencia de que estamos ante la panacea de todas las pruebas<sup>20</sup>. Algunos sin embargo han objetado que estas técnicas no eran todavía defendibles y que resultaba prematuro aplicarlas a causa de la existencia de fuentes de error no totalmente controlables en la práctica forense, por lo que era necesaria una mayor discusión científica hasta encontrar un estándar aceptable.

Se puso de manifiesto la importancia de que se garantizara la incolumidad de la «cadena de custodia» de la muestra, referida al aseguramiento de la identidad y la adecuada conservación y custodia de la muestra biológica sobre la que se realizan los análisis de ADN desde su obtención en el entorno del delito (la víctima, el lugar de los hechos) hasta que se incorpora definitivamente al proceso como medio de prueba. También se ha hablado de la necesidad de acreditación por parte de los laboratorios. A partir del 2007, con la LO 10/2007 de 8 de octubre, las bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN que pudieran existir cuentan con la cobertura

---

19 Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que dio nueva redacción a los Arts. 326 y 363, y previsto la constitución de la Comisión nacional sobre el uso forense del ADN.

20 HEILMAN, E., *“En busca de la identidad: huellas génicas y policía científica”* en BORILLO Daniel, *“Los genes en el estrado”* Grupo Esferas. Colección Politeya, Estudios de Política y Sociedad. Madrid. 1996 Págs 64 a 72.

legal necesaria. Sin embargo, esto no significa que no se hubieran creado dichos archivos con anterioridad, bien que con un soporte legal discutible hasta la aprobación de la Ley de 2007.

Los antecedentes prelegislativos muestran que tanto esta materia relativa a la base de datos policial con perfiles de ADN como el procedimiento de obtención y manejo de muestras para una investigación policial concreta, estaba previsto que se regulasen en un cuerpo normativo único, aunque no haya sido finalmente éste el criterio adoptado por el legislador, probablemente por motivos de oportunidad política. El primer antecedente a mencionar es la Unión Europea, a través de la Recomendación Núm. R (92) 1 del Comité de Ministros, sobre el uso del ADN en la justicia penal. Aunque de forma breve, esta Recomendación trata tanto de los aspectos jurídicos relacionados con la obtención de las muestras biológicas y su análisis pericial como los relativos a las bases de datos de perfiles de ADN, siempre en el ámbito penal. La mayor parte de sus principios reguladores continúan manteniendo su validez, sin perjuicio de que el tiempo pasado haya impuesto ciertos cambios de perspectiva. Desde ese punto de vista su trascendencia se acrecienta en la medida en la que ha podido influir en la legislación de los Estados miembros de la Unión Europea.

La vigente Ley española reconoce explícitamente esta influencia. Así se planteó por primera vez en el Poder Legislativo la necesidad de regular legalmente esta clase de materias, incluidas, como se ve, las relativas a las pruebas biológicas sobre la paternidad. Luego, el Ministerio de Justicia creó un grupo de trabajo multidisciplinario, a partir del cual se fijaron con mayor precisión algunos de los principios y garantías que debían regir a las pruebas de ADN en el proceso penal así como las bases de datos con estas finalidades. Este trabajo cristalizó en un “Borrador de Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN” de 1999 (adaptado a la LORD con una nueva versión en 2000), que el Gobierno no llegó a aprobar como Proyecto de Ley y por ello no llegó a remitirse a las Cortes Generales. En estos trabajos prelegislativos se basa la primera regulación de las pruebas de ADN en materia penal, que aconteció por la LO 15/2003, y también se tuvo en cuenta en la LO 10/2007.

Con anterioridad al régimen legal actual que ha establecido la LO 10/ 2007. fueron creados varios ficheros de perfiles de ADN y de vestigios biológicos con fines de investigación criminal al servicio de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. No

obstante, es importante destacar que los ficheros creados no lo han sido de forma exclusiva con tales objetivos, sino también con otros de identificación de cadáveres o determinación del paradero de personas desaparecidas en diversas circunstancias no delictivas (accidentes, catástrofes, suicidios, etc.), lo que ha venido rindiendo también un servicio de asistencia civil muy apreciado por los ciudadanos.

El período de tiempo en el que ha habido una carencia normativa específica sobre esta materia dejó a los ficheros policiales existentes entonces sin la cobertura legal necesaria, a pesar de los esfuerzos del Gobierno de adaptar aquéllos a la legislación sucesiva sobre protección de datos de carácter general mediante disposiciones de rango administrativo, puesto que tampoco era suficiente a ese respecto el marco que dispensaban la LORTAD y la LOPD. El Ministerio de Justicia e Interior dictó una Orden por la que se regulaban los ficheros con datos de carácter personal gestionados por dicho Ministerio<sup>21</sup>, dando así cumplimiento a la disposición adicional segunda, núm. 2. de la LORTAD. entonces vigente. En su anexo figuraba un fichero de ADN, sobre el que se indicaba que el responsable del mismo era la Dirección General de la Policía, que la finalidad era la identificación de implicados en delitos mediante bandas de ADN, para usos de investigación policial; y que respecto a dichos implicados se recogerían en el fichero las infracciones penales, el nombre y apellidos y el patrón de bandas de ADN, siendo grabada la información por los gestores a partir de los asuntos investigados. Con posterioridad, y como ya comentáramos, se crean los ficheros para la identificación genética de restos cadavéricos «ADN Humanitas y o «ADN Veritas»<sup>22</sup>.

Las disposiciones ministeriales de sustento normativo de estos ficheros fueron sustituidas por otra posterior del 20 de junio de 2002, que adaptaba el régimen de los ficheros existentes a las exigencias legales de la nueva Ley sobre protección de datos

---

21. OM de 26 de julio de 1994 (BOE, de 27 de julio ). Ténganse en cuenta, asimismo, la Resolución de 30 de junio de 1995 de la Dirección General de la Policía, por la que se dictan instrucciones sobre determinados aspectos de los ficheros policiales de datos de carácter personal, y la Orden de 2 de febrero de 1995. del Ministerio de Justicia e Interior, por la que se aprueba la primera relación de países con protección de datos de carácter personal equiparable a la española, a los efectos de transferencia internacional de datos.

<sup>22</sup> Su finalidad es colaborar con la Administración de Justicia en la represión de infracciones penales, con la identificación genética de vestigios biológicos recogidos en la investigación de hechos presuntamente delictivos o de muestras de la misma naturaleza, a solicitud o disposición de autoridades a las que la Ley atribuya competencia para exigir el tratamiento de los datos que resulten, mediante el cotejo de los perfiles genéticos investigados con los obtenidos de las muestras de origen conocido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 22.4 de la Ley Orgánica 15/1999 sobre Protección de Datos de Carácter Personal.

(LORD). La Guardia Civil, a su vez, cuenta con una Base de Datos de ADN de Interés Criminal (ADNIC), creada con anterioridad a la Ley vigente de 2007. En ella se archivan los datos obtenidos de vestigios biológicos hallados en la escena del crimen y de otras muestras biológicas, también desconocidas, relacionadas con una investigación criminal, las cuales podrán compararse con otras muestras de origen conocido (muestras indubitadas) ordenadas por el Juez. Parece ser que tanto unos datos como otros se incorporan al archivo. También se creó un fichero para la identificación genética de personas desaparecidas y de cadáveres sin identificar (fichero «FÉNIX»), por la Orden Ministerial de 18 de marzo de 1998<sup>23</sup>.

Como antecedentes también podemos mencionar por ejemplo, en 1988 el Grupo Español fue aceptado como grupo de trabajo por la International Society for **Forensic** Genetics, en adelante ISFG ( y desde su creación emite recomendaciones y normas sobre la aplicación de polimorfismos genéticos a las pericias médico legales. En materia de ADN, siguiendo la idea general de gestión de calidad antes expuesta, se realizan ejercicios colaborativos coordinados por el grupo español a nivel del Sudoeste europeo incluyendo laboratorios portugueses, franceses y españoles. En el Grupo Español de la ISFG están integrados un total de 30 laboratorios entre los que se encuentra el Instituto Nacional de Toxicología, cátedras de Medicina Legal, institutos de Medicina Legal, laboratorios policiales del Ministerio del Interior, laboratorios de departamentos universitarios y laboratorios privados.

La práctica totalidad de la pericia médico legal que se realiza en España y Portugal en materia de biología forense, ya sea oficial o privada, es realizada por laboratorios del Grupo, lo que no impide, ya que no existe ninguna disposición legal que así lo establezca, que laboratorios que no pertenezcan al grupo realicen pericias para su utilización ante los Tribunales.

Desde 1989 la ISFG emite recomendaciones sobre el empleo de polimorfismos genéticos aplicados a pericias médico- legales que normalmente son incorporados por los grupos de trabajos nacionales a sus respectivas recomendaciones y normas. En España las primeras recomendaciones sobre el empleo de marcadores genéticos con fines forenses fueron aprobadas en 1987 circunscritas a la pericia en investigación biológica de paternidad.

---

23. La OM d 11 de noviembre de 2004 adapta el régimen de esto ficheros a LOPD.

En 1992 fue aprobada por el grupo español de la ISFG una nueva normativa, que incluye ya los aspectos concernientes al análisis de vestigios biológicos de interés criminal. En relación con el polimorfismo del ADN, la ISFG emitió sus primeras recomendaciones a través de su comisión de ADN en 1989.<sup>24</sup>

La llegada de la técnica de la PCR solucionó muchos de los problemas que presentan las SLPs pero suscitó nuevas cuestiones que fueron contempladas en las recomendaciones que en 1992 elaboró la Comisión de ADN en técnicas de PCR<sup>222</sup>. En ellas se prestó especial atención a la nomenclatura de los sistemas, a la posibilidad de contaminación (recomendándose extraer el ADN en un área distinta al área de amplificación) y a la cuantificación de ADN, para lo que se recomiendan procedimientos de slot-blot.

b) En el resto del mundo: En 1987 la Sociedad Internacional de Hemogenética Forense (ISFH), hoy de Genética forense,(ISFG) creó una comisión de ADN para discutir “el excitante desarrollo del uso de la prueba de ADN en el contexto médico-legal”. La ISFG es una sociedad internacional que reúne la práctica totalidad de especialistas en genética forense a nivel europeo y tiene asimismo una importante implantación en los demás continentes.

El principio de proporcionalidad, según la interpretación de algunos ordenamientos europeos, exige que cualquier intervención corporal forzosa tendrá que ser autorizada expresamente y para cada caso concreto por la autoridad judicial competente. Así lo estableció la Ley Procesal Penal alemana de 7 de enero de 1975 en su párrafo 81, con posterioridad el Código de Procedimiento Penal de Italia aprobado por Decreto de 22 de septiembre de 1988 en su artículo 244, según el cual, su práctica se acordará “...mediante decreto motivado cuando sea necesario averiguar las huellas y los demás efectos materiales del delito...” y 245, el Código del Proceso Penal portugués de 1987 en su artículo 171 y 172. Este último precepto establece que “si alguien pretende eximirse o impedir cualquier examen debido podrá ser compelido por decisión

---

24 En ellas se hace una declaración general inicial basada en tres puntos básicos:

1.La tecnología de ADN recombinante es una herramienta esencial para el desarrollo de la prueba forense, pero es solamente una parte del peritaje médico-legal.

2.Para alcanzar una alta reproducibilidad y garantizar el principio de una segunda opinión, ciertos criterios tienen que ser adoptados en la investigación de los polimorfismos de ADN.

3.Se establecen los requisitos de control de calidad y comparación de resultados dentro de un mismo laboratorio y entre laboratorios.

*de la autoridad judicial competente*”<sup>25</sup>.

La primera necesidad de regulación de la prueba de ADN se sintió lógicamente desde un punto de vista científico. Fue en los laboratorios, con la práctica diaria, donde se advirtieron las consecuencias de un mal uso de dichas pruebas y fueron los científicos los que inicialmente se concienciaron de la conveniencia de establecer una normativa que uniformase el proceso de averiguación del perfil genético del individuo, mucho antes de que los juristas y legisladores se percataran de la importancia de la existencia de dicha legislación.

En EE.UU., los problemas planteados durante el proceso penal en el caso «O. J. Simpson» por la defensa<sup>26</sup>, revelaron la importancia de la coordinación de los peritos en genética forense y la demostración de la necesidad de una especialización real, antes de poder llevar a cabo una pericia y presentarla como tal ante los Tribunales, así como la posible exigencia de implantar programas de control de calidad en los laboratorios que vayan a realizar este tipo de pericias. Los científicos en distintas agrupaciones empezaron a llevar a cabo una “autoregulación subjetiva”, que no tiene obviamente los efectos de una ley, si bien ha servido para un control propio de los laboratorios y para el alcance de un alto nivel en la pericia en muchos casos. Sin embargo, esta autoregulación se redacta, sin colaboración de juristas y legisladores quienes por otra parte presentan un desconocimiento casi absoluto sobre la materia.

Estas recomendaciones convenidas por los científicos no tienen fuerza vinculante frente a la sociedad, y el Estado no contaba, antes de la regulación, por tanto con mecanismos para poder exigir que los laboratorios se sometan a controles.

Como ejemplo de ello pueden servirnos las particularmente detalladas previsiones de la Circular del Ministerio del Interior del Reino Unido<sup>27</sup>, de 1995 sobre el Banco Nacional de Datos de ADN, en desarrollo de la Ley de Justicia Penal y Orden Público, modificada en 1994. En efecto, el art. 49 establece: “...*Las muestras se deben precintar, embalar y etiquetar en presencia del donante y se deben enviar a la organización que lleve a cabo el perfil por uno de los procedimientos de entrega aprobados. Se facilitarán los siguientes detalles en el impreso ADN — 1: i) el nombre,*

---

25 SEOANE SPIEGELBERG, J. L., “*Recepción en el proceso de nuevos métodos de investigación científica y derechos fundamentales*”, *Medicina legal*, ed. CGPJ, Madrid, 1993.

26 Caso *People vs. Simpson*, sentencia del 3 de octubre de 1995.

27 De carácter Administrativo, en desarrollo de la Ley de Justicia Penal y Orden Público.



*fecha de nacimiento, sexo, y apariencia étnica de la persona; ii) el tipo de muestra: frotado bucal o pelos; iii) la fecha de obtención de la muestra; iv) el nombre, rango y número del agente que toma la muestra; v) el número de identificación de la muestra; vi) el código del cuerpo/comisaría; y vii) el número del arresto phoenix/número del informe de citación. En los casos en que no sea posible la entrega en un plazo de 48 horas, las muestras se conservarán a -20 C" (junto con la información identificativa necesaria)...". Especialmente riguroso es el art. 50 respecto a la aceptación de las muestras por parte del laboratorio encargado de realizar los perfiles de ADN (análisis de ADN). puesto que prescribe que deben rechazarse aquellas muestras que no lleguen en condiciones satisfactorias, sin la debida identificación o cuya consistencia sea motivo de duda.*

En Norteamérica, a partir del “caso Castro”, se creó la TWGDAM (Technical Work Group for DNA Analysis and Methods, hoy este grupo se denomina SWGDAM) y, simultáneamente, en Europa la EDNAP (European DNA Profiling Group) con la idea de estudiar los problemas de aplicación forense de los polimorfismos de ADN, estandarizar metodologías y trabajar con la idea de una cualificación común, incluyendo controles de calidad.

En estos momentos puede sostenerse que las pruebas de ADN tienen una seguridad muy elevada. La Sociedad Internacional de Homogenética Forense (ISFH) y el Grupo Europeo sobre Perfiles de ADN (EDNAP) y con posterioridad el Grupo Español y Portugués de la Sociedad Internacional de Genética Forense (GEP-ISFG), cuya evolución explicaremos más adelante, han fijado como uno de sus objetivos prioritarios garantizar la eficacia de los laboratorios que realizan las pruebas y coordinar sus técnicas, mediante la emisión de las recomendaciones oportunas. Así la EDNAP, que cuenta con representantes de todos los países de la Unión Europea y de la EFTA se convirtió en grupo oficial de trabajo de la entonces ISFH en 1991. Desde ese mismo año la comisión de ADN de la ISFG incluye normalmente como expertos externos representantes de la EDNAP y SWGDAM. El primer esfuerzo fue la estandarización de las sondas y enzimas utilizados en los análisis a nivel europeo, esto era una primera necesidad, ya que si cada laboratorio utilizase sus propias sondas y enzimas, no sólo sería imposible compartir bases de datos y estudios poblacionales, sino que se dificultaba enormemente que otro laboratorio pudiese repetir la prueba por lo que



no había posibilidad de segundas opiniones o contrapericias, tan importantes en un sistema médico -legal justo, como la propia pericia.

En 1993 la Comisión de ADN emitió un informe sobre algunos aspectos del informe del National Research Council (NCR) norteamericano, con el que coincide en aspectos como acreditación y regulación de laboratorios, pero del que discrepa en la influencia de las subpoblaciones en las grandes bases de datos poblacionales para la estima de frecuencias. Este problema afecta específicamente a las bases de datos del FBI, debido a la abundancia de distintos grupos poblacionales en Estados Unidos, pero no tiene gran trascendencia en poblaciones europeas.

En la reunión de la Comisión de ADN celebrada en Venecia en 1994, se analizó de forma exclusiva la aplicación de la PCR al análisis de polimorfismos de ADN en criminalística y se trataron numerosos aspectos técnicos. La American Association of Blood Banks (AABB), por otra parte, emite también recomendaciones y estándares para los laboratorios que realicen sus programas de control de calidad.

Todos los grupos de trabajo de la ISFG y muchas sociedades nacionales de Medicina legal emiten recomendaciones que, en general, se remiten a las publicadas por la comisión de ADN de la ISFG. Los juristas y legisladores han reclamado la necesidad de regulación positiva a raíz de este tipo de recomendaciones al percatarse de la trascendencia social y práctica de los descubrimientos científicos. Por su parte, los jueces y tribunales, en la interpretación de esta prueba, habrán de tener muy en cuenta la fiabilidad de los resultados ofrecidos, atendiendo a la solvencia científica y técnica de los laboratorios que efectúan esos análisis.

Es evidente que la validez de la prueba dependerá de su correcta realización técnico-científica, esto es, como indicábamos más arriba, que se realice por personal cualificado, siguiendo los protocolos correctos y prestando atención escrupulosa a las técnicas de aislamiento para evitar las contaminaciones durante el trabajo, etc. Para que ésta ofrezca garantías de certeza es necesario que el centro científico que la lleve a cabo cuente con medios materiales y técnicos suficientes, y con un equipo de expertos de reconocida competencia. Por ello, cuando se plantea en un proceso la práctica de esta prueba se encarga su realización a organismos de reconocido prestigio en la materia, como, por ejemplo, el Instituto Nacional de Toxicología. En lo que se refiere al Derecho español, hasta hace poco tiempo no estaban regulados los diversos aspectos

relacionados con los perfiles de ADN en el proceso penal, como tampoco los procedimientos de obtención, tratamiento, conservación y registro de las muestras y de los marcadores obtenidos mediante el análisis de aquéllas.

Por fin el legislador ha establecido de forma muy breve los principios y criterios para la obtención de muestras biológicas -dubitadas e indubitadas- y su utilización en el proceso, así como para un desarrollo por parte del Gobierno de los diversos aspectos técnico-científicos relacionados con las muestras, lo que contrasta con la minuciosidad prevista en iniciativas anteriores, en las que se inspira esta regulación. Con posterioridad ha sido objeto de regulación, asimismo, la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. En la actualidad es necesario que estos laboratorios hayan sido acreditados.<sup>28</sup>

Como consecuencia de ello se elaboran textos internacionales sobre la materia entre los que cabe destacar la Resolución del Parlamento Europeo sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, de 16 de marzo de 1989,<sup>29</sup> más recientemente el *Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina* de 4 de abril de 1997, del Consejo de Europa, la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 11 de noviembre de 1997 y la Declaración sobre los Principios de Actuación en la Investigación Genética aprobada en Heidelberg, el 21 de marzo de 1996 por el Consejo de la HUGO (Organización del Genoma Humano) con fundamento en unas recomendaciones elaboradas por su Comité de Aspectos Éticos, Jurídicos y Sociales. Los mencionados textos internacionales contienen principios y pronunciamientos genéricos acerca de algunas de las cuestiones relacionadas con el Genoma, con escasas referencias a su aplicación forense. Es, sin embargo, en la *Recomendación del Consejo de Europa 1 (92)* que se estudia a continuación donde se aborda por primera vez de modo frontal esta materia.

c) Algunas directrices:

La Recomendación 1 (92) Sobre la utilización del análisis de ADN dentro del marco de la Administración de la Justicia Penal; que trata cuestiones relacionadas con la

---

28 El art. 5.2 de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, “ solo podrán realizar análisis del ADN para identificación genética en los casos contemplados en esta Ley los laboratorios acreditados a tal fin por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN que superen los controles periódicos de calidad a que deban someterse”

29. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 17 de abril de 1989.

aplicación forense del ADN. El Acuerdo fue adoptado por el Comité de Ministros el 10 de febrero de 1992 en su reunión 470ª, y de conformidad con el procedimiento de estas reuniones, los representantes de Alemania, Holanda y Noruega se reservaron el derecho de sus gobiernos de cumplir o no el punto 8 de la Recomendación, y el gobierno de Dinamarca el derecho de cumplirla o no en su conjunto.

El Consejo de Europa a la vista de las diferencias de postura entre los miembros del grupo de trabajo preparatorio optó en la Recomendación por prever *"los principios, mientras que los detalles son determinados por la legislación de los Estados miembros afectados"*. La Recomendación por tanto contiene continuas referencias al ordenamiento interno de los países miembros, quienes deberán precisar en su legislación todas las cuestiones que se plantean.

El memorandum explicativo de la Recomendación establece que las técnicas de ADN conllevan un riesgo, no sólo en relación a los derechos fundamentales como el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a un proceso debido y el respeto al cuerpo humano. A la vista de esta potencial injerencia la incorporación al sistema de justicia criminal requiere la adopción de ciertas garantías. El Comité de Ministros, convencido de la necesidad de proceder de acuerdo con una política criminal común dirigida a la protección de las personas y la sociedad en que viven;

Teniendo en cuenta que las técnicas de análisis de ADN pueden ofrecer ventajas a la Administración de Justicia Penal, en especial en la determinación de la inocencia o la culpabilidad; pero se debe tener plenamente en cuenta y no vulnerar principios fundamentales como la dignidad inherente de la persona y el respeto al cuerpo humano, los derechos de defensa y el principio de proporcionalidad en el ámbito de la justicia penal.

## B.- PRINCIPIOS Y RECOMENDACIONES :

### a) Definiciones:

El término *"análisis de ADN"* se refiere a cualquier procedimiento que pueda emplearse en el análisis del ADN, el material genético fundamental de los seres humanos y otros seres vivos. EL término *"muestra"* se refiere a cualquier sustancia procedente de un ser vivo que pueda ser utilizada con fines de análisis de ADN. El término *"archivo de ADN"* se refiere a cualquier recogida organizada de los resultados

de las pruebas de análisis de ADN, ya se conserven físicamente, como registros llevados manualmente, ya en una base de datos informatizada.

b) *Ámbito y limitaciones.*

La presente Recomendación se aplicará a la recogida de muestras y utilización del ADN con fines de identificación de un sospechoso o cualquier otra persona en el marco de la investigación y el procedimiento iniciados por una infracción penal. El memorandum explicativo refleja en este punto la discusión en el seno del grupo de trabajo sobre si debía ser incluido en el texto de la Recomendación que el análisis del ADN se restringiera al ámbito no codificante, que en el propio memorandum se define como aquella parte del ADN que no representa genes, y que además no controla las características físicas pero que en determinadas circunstancias puede ser analizado en el perfil genético. Se optó por la no inclusión ya que en ciertos países está permitida la utilización de ADN codificante.<sup>30</sup>

c) *Utilización de muestras e información derivada de las mismas.*

Las muestras recogidas para el análisis de ADN y la información derivada de dicho análisis con fines de investigación y procesamiento en relación con infracciones penales no deberán utilizarse con otros fines. Sin embargo, cuando así lo desee la persona de la que se hayan tomado las muestras, deberá comunicarse la información a dicha persona. Las muestras recogidas de personas vivas para el análisis de ADN con fines médicos, así como la información derivada de dichas muestras, no podrán ser utilizadas con fines de investigación y procesamiento por infracciones penales, salvo en las circunstancias expresamente establecidas en el Derecho Nacional.

Las muestras tomadas para el análisis de ADN y la información derivada de las mismas pudieran ser necesarias para la realización de investigaciones y de estudios estadísticos. Tales usos son aceptables siempre que no pueda averiguarse la identidad de las personas concretas. Por tanto, antes de su utilización para dichos fines deberán

---

30 Council of Europe. The use of analysis of deoxyribonucleic acid within the framework of the criminal justice system "Explanatory memorandum", Council of Europe Press, Strasbourg, 1993, pág. 36.

suprimirse los nombres y otros datos identificativos.

d) Toma de muestras para análisis de ADN.

La toma de muestras para el análisis de ADN únicamente deberá realizarse en las circunstancias determinadas en el Derecho Nacional; bien entendido que en algunos Estados ello pudiera exigir la autorización expresa de una autoridad judicial. Cuando el Derecho Nacional admita la toma de muestras sin el consentimiento del sospechoso, ello únicamente podrá llevarse a cabo si las circunstancias del caso justifican dicha actuación. En la línea de indeterminación de importantes aspectos se mueve la Recomendación en lo que se refiere a la materia del consentimiento y la reserva judicial.

El memorandum explicativo se limita a añadir que en la mayoría de los países se requiere que la decisión para ordenar la extracción de muestras debe ser tomada por un Juez<sup>31</sup>, añadiendo que en situaciones excepcionales como la urgencia o el consentimiento escrito, se puede justificar que la extracción de muestras sea ordenada por un Fiscal o por un oficial superior de policía en cuyo caso la decisión debe ser revisada por un tribunal.

e) Recurso a la realización de análisis de ADN.

El recurso a la realización de análisis de ADN deberá estar permitido en todos los casos pertinentes, con independencia del grado de gravedad de la infracción. Vemos en la recomendación 4ª que la obtención de muestras a los fines del análisis de ADN se efectuará conforme a las circunstancias determinadas por el Derecho interno, para añadir en la recomendación 5ª que el recurso a los análisis de ADN debe ser autorizado en todos los casos que resulten apropiados, *“cualquiera que sea el grado de gravedad de la infracción”*. Conforme a estas recomendaciones, la comisión de cualquier tipo delictivo, independientemente de su gravedad, podría ser investigada mediante el análisis de ADN. Esta propuesta no se compatibiliza muy correctamente con el

---

31 Council of Europe. The use of analysis of deoxyribonucleic acid within the framework of the criminal justice system "Explanatory memorandum", Council of Europe Press, Strasbourg, 1993, pág. 26.

principio de proporcionalidad pero puede ser perfectamente entendida tras la lectura del memorandum explicativo que acompaña a la citada Recomendación.

A nivel de principios sienta el memorandum que *“las muestras obtenidas para el análisis de ADN y la información derivada de estos análisis al objeto de la investigación y persecución de los hechos criminales (criminal offences) no debe ser usada para otros objetivos”*, para más adelante, dentro del capítulo de las definiciones añadir que el grupo de expertos consideró la conveniencia o no de definir el término “criminal offences” decantándose por la opción negativa entendiendo que resultaba más apropiado dejar que cada legislación nacional definiera los casos en que resultara procedente el análisis de ADN.

La razón de esta particular opción estriba en la posibilidad que, de esta manera, se le ofrece a la defensa o persona acusada, de solicitar la práctica de la diligencia de ADN para excluir toda sospecha o acusación que pueda recaer sobre él. El análisis del ADN se convierte, pues, en instrumento probatorio de cargo para argumentar la acusación pero también tiene su virtualidad como instrumento de defensa. Se señala en el memorandum que ésta es la razón *“por la que el principio de proporcionalidad no ha sido mencionado en este párrafo”*.

Es por lo tanto desde la perspectiva del derecho a la defensa, es decir, el interés del inculcado en demostrar su inocencia o, mejor dicho, en excluir desde el principio toda posibilidad de sospecha, desde donde se ha de entender la amplitud con la que la citada Recomendación admite la utilización del análisis del ADN. El recurso al análisis del ADN, en particular cuando es requerido dicho análisis por la acusación (prosecution), ha de limitarse a los casos más graves. Adecuadamente interpretada, por lo tanto, la Recomendación número 5, establece que la acusación encarnada en el Ministerio Fiscal (prosecution) o, la actuación de oficio del Juez de Instrucción, ha de basarse en hechos punibles considerados serios o graves para solicitar o acordar la práctica del análisis de ADN. No obstante, y como afirma Etxeberria Guridi, cuando la defensa esté particularmente interesada en eliminar desde una fase temprana del proceso o actuación de la justicia criminal, todo indicio o sospecha que recaiga sobre el imputado, aquélla podrá recurrir a la utilización de semejante método de análisis incluso tratándose de hechos punibles leves o no graves<sup>32</sup>.

---

32 ETXEBERRIA GURIDI, J. ,La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la

f) Acreditación de los laboratorios e instituciones y control de los análisis de ADN.

El análisis de ADN es una técnica científica avanzada que únicamente debe ser realizada por laboratorios que posean las instalaciones y experiencia apropiadas. Los Estados miembros deberán garantizar que se elabore una relación de laboratorios o instituciones acreditadas que satisfagan los criterios siguientes:

- Elevada formación y capacitación profesional, junto con los apropiados procedimientos de control de calidad;
- Calidad científica;
- Adecuada seguridad de las instalaciones y de las sustancias objeto de investigación;
- Adecuadas medidas de protección que garanticen la total confidencialidad en relación con la identificación de la persona a la que se refiera el resultado del análisis de ADN;
- Garantías de que se observan los requisitos establecidos en la presente Recomendación;
- Los Estados miembros deberán establecer un medio de ejercer una supervisión periódica de sus laboratorios acreditados.

g) Protección de datos.

La recogida de muestras y el uso del análisis de ADN deberán cumplir las normas del Consejo de Europa sobre protección de datos establecidas en el Convenio de Protección de Datos y las Recomendaciones sobre protección de datos, en especial la Recomendación N°R (87) 15, que regula la utilización de datos personales por la Policía.

Esta Recomendación N°R (87)15 propone en su principio 7º que se adopten las medidas oportunas para que los datos de carácter personal conservados con fines policiales sean suprimidos cuando dejen de ser necesarios a los fines para los que se han

---

investigación penal, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1998 cit., pág.195.

registrado considerando que dejan de ser necesarios cuando en un caso determinado existe pronunciamiento definitivo, absolución, rehabilitación, prescripción, amnistía, edad de la persona afectada y en determinadas categorías especiales de datos.

#### h) Almacenamiento de muestras y datos.

Las muestras y otros tejidos corporales tomados de personas para análisis de ADN no deberán guardarse una vez dictada la resolución definitiva en el proceso para el que hayan sido utilizados, a menos que ello sea necesario con fines directamente relacionados con aquellos para los que fueron recogidos.

Deberán tomarse medidas que garanticen que los resultados del análisis de ADN y la información derivada del mismo se eliminen cuando ya no sea necesario guardarlos para los fines que fueron utilizados. No obstante, podrán conservarse los resultados del análisis de ADN y la información derivada del mismo cuando la persona interesada haya sido condenada por delito grave contra la vida, la integridad o la seguridad de las personas.

En dichos casos, el Derecho Nacional deberá definir estrictos períodos de conservación. Las muestras y otros tejidos corporales y la información derivada de los mismos podrán ser almacenados durante largos períodos de tiempo:

- Cuando la persona interesada así lo solicite;
- Cuando la muestra no pueda atribuirse a una persona; por ejemplo, cuando se encuentre en el lugar del delito.
- Cuando se vea afectada la seguridad del Estado, el Derecho nacional del Estado miembro podrá permitir la conservación de las muestras, los resultados del análisis de ADN y la información derivada del mismo, incluso aunque la persona interesada no haya sido procesada o condenada por una infracción penal.

En dichos casos, el Derecho nacional deberá también definir estrictos períodos de conservación. Se regulará por ley el establecimiento y utilización de cualquier archivo de ADN con fines de investigación y procesamiento por infracciones penales.

Tres supuestos se dan en el principio nº 8: en primer lugar si la muestra corresponde a una persona concreta y conocida (sospechoso) no podrá conservarse más allá de la conclusión de la causa en que han sido obtenidas aunque sea mediante



sentencia condenatoria, salvo que dicha persona preste su consentimiento, en segundo lugar los datos e informaciones genéticas sí podrán conservarse cuando haya recaído sentencia condenatoria aunque no consienta el afectado en caso de delitos graves contra la vida, integridad o seguridad; y por último las muestras corporales correspondientes a personas desconocidas sí podrán conservarse más allá del proceso en que fueron obtenidas.

La práctica de incorporar a un fichero los resultados del análisis de ADN está estrechamente vinculada a la extensión con que se admite el propio análisis de ADN. La Recomendación es en este sentido respetuosa con el principio de proporcionalidad y propone un criterio más restrictivo en orden a incluir en un fichero los resultados del análisis de ADN que en el caso de llevar a cabo la práctica del análisis para un único supuesto. En este punto la Recomendación combina dos criterios: el de gravedad del tipo delictivo y el de especialidad del mismo. Por un lado, reconoce en el principio 8º que los resultados de análisis de ADN podrán ser conservados cuando el *“interesado haya sido reconocido culpable de delitos graves”*.

Además del criterio de la gravedad recomienda el criterio de la naturaleza de la infracción al disponer que los delitos graves han de ser los relativos al *“atentado contra la vida, la integridad o la seguridad de las personas”*. Corresponde a cada Estado miembro, conforme al memorandum explicativo, determinar el significado de la expresión delitos graves contra la vida, integridad y seguridad de las personas y, como una manifestación más del principio de proporcionalidad, se añade que la intención de los redactores de la Recomendación no es otra que los ficheros de ADN se limiten exclusivamente a aquellos casos que sean merecedores de almacenamiento<sup>33</sup>.

#### i) Igualdad de armas.

Los Estados deberán garantizar que los análisis de ADN como medio concreto de prueba sean igualmente accesibles a la defensa, ya sea en virtud de resolución de una autoridad judicial, ya a través de la intervención de un perito independiente. Cuando la cantidad de sustancias disponibles para su análisis sea limitada, deberá velarse por no perjudicar los derechos de la defensa.

---

33 ETXEBERRIA GURIDI, J., La protección de los dato ..cit., pág. 196.

j) Normas técnicas.

Los Estados miembros deberán promover la estandarización de los métodos de análisis de ADN a nivel nacional e internacional. Ello podrá exigir la colaboración entre laboratorios para la valoración de los procedimientos analíticos y de control. Este apartado que se encuentra relacionado con el apartado 6 que regula y exige la acreditación de laboratorios e instituciones y el control del análisis de ADN, es de extraordinaria importancia. La prueba de ADN tiene en muchas ocasiones gran trascendencia sobre el resultado del juicio y exige para su realización una elevada especialización no sólo en Biología Molecular, sino específicamente en Genética Forense incluyendo una importante preparación en estadística bayesiana y genética de poblaciones.

k) Propiedad intelectual.

Si bien reconociendo que los derechos de propiedad intelectual relacionados con métodos concretos de análisis de ADN pueden corresponder a determinados laboratorios, los Estados miembros deberán garantizar que ello no impide el acceso al uso de los análisis de ADN.

l) Intercambio de información transfronterizo.

Podrán obtenerse análisis de ADN de un laboratorio o institución establecidos en otro país siempre que dicho laboratorio o institución satisfagan todos los requisitos establecidos en la presente Recomendación. La comunicación transfronteriza de las conclusiones del análisis de ADN únicamente deberá llevarse a cabo entre Estados que cumplan las disposiciones de la presente Recomendación y, en especial, de conformidad con los tratados internacionales pertinentes sobre intercambio de información en materia penal y el artículo 12 del Convenio de Protección de Datos.

#### IV.-CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO

Este Convenio del Consejo de Europa aprobado el 4 de abril de 1996 fue ratificado por España con fecha 23 de julio de 1999.<sup>34</sup> En principio es un Convenio genérico relativo a la protección de los derechos humanos y la biomedicina. Se reproducen las partes del mismo con mayor trascendencia para el tema objeto de estudio. Este Convenio se lleva a cabo por los Estados miembros del Consejo de Europa y demás Estados de la Comunidad Europea que lo firman, resueltos a tomar las medidas adecuadas al objeto de garantizar la dignidad del ser humano y los derechos y libertades fundamentales de la persona respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina. En el Preámbulo se constata el rápido desarrollo de la biología y de la medicina, el convencimiento de la necesidad de respetar al ser humano no sólo como individuo, sino también en su pertenencia a la especie humana, y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad, así como la consciencia de que un uso inadecuado de la biología y de la medicina pueden conducir a actos que amenacen la dignidad humana. En el art. 2 se establece:

El interés y el bienestar del ser humano prevalecerán frente al exclusivo interés de la sociedad o de la ciencia.<sup>35</sup>

#### V.- RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA DE 9 DE JUNIO DE 1997

Se plantea en esta Resolución<sup>36</sup> la ponderación de la eficacia de la posibilidad de intercambio entre países de resultados de análisis de ADN frente a la particular legislación de cada Estado, ya que si de eficacia internacional se trata, la única vía posible es la homogeneización de criterios.

El Consejo de la Unión Europea, Considerando que el intercambio de resultados

---

<sup>34</sup> Publicado en el B.O.E. de 20 de octubre de 1999.

<sup>35</sup> Dentro del Capítulo IX que regula la relación del Convenio con otras disposiciones, el artículo 26 establece: El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección recogidas en este Convenio no puede ser objeto de otras restricciones más que aquellas que, previstas por la ley, supongan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de delitos, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de los demás. Las restricciones recogidas en el apartado anterior no pueden ser aplicadas a los artículos 11,13,14,16,17,19,20,y 21.

<sup>36</sup> Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 24 de junio de 1997.

de análisis de ADN es un medio que puede contribuir en gran medida a la investigación judicial en materia penal; Siendo de la opinión de que el intercambio de resultados de análisis de ADN con vistas a la investigación judicial en materia penal tiene que limitarse al intercambio de datos de la parte no portadora de códigos de la molécula del ADN.

La Resolución valora el intercambio de información entre los estados miembros, al efecto de prevención de los delitos de trata y explotación sexual, promoviendo actividades de cooperación mutua entre los mismos, recogiendo convenios y recomendaciones anteriores y reconociendo que para la eficacia del intercambio es necesaria por un lado la normalización de los marcadores y por el otro existencia de una base de datos, estableciendo que “ *Es importante que los Estados miembros intercambien entre sí los resultados de sus investigaciones sobre el ADN;...* ”

Continúa la Resolución:

Teniendo en cuenta las iniciativas que se están desarrollando al nivel de la Unión Europea en el marco del programa de estímulo e intercambios destinado a los responsables de la acción contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños;

Teniendo en cuenta las iniciativas que ya se han emprendido en otros foros internacionales;

Considerando que la investigación sobre el ADN puede entrañar aspectos tanto técnicos, jurídicos y políticos como éticos que se deben tener en cuenta de forma correcta en el posterior desarrollo de las actividades de cooperación;

Habida cuenta de la protección de los datos personales regulada en el Convenio Europeo nº 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Estrasburgo, 28 de enero de 1981), en la Recomendación (87) de 17 de septiembre de 1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa dirigida a regular la utilización de datos de carácter personal en el sector de la policía, y en la Recomendación (92)1, de 10 de Febrero de 1992, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la utilización de los resultados de análisis ADN en el marco del sistema de justicia penal;

Afirmado que la normalización de los marcadores de ADN constituye una condición para un intercambio eficaz de los resultados de análisis de ADN;

Habiendo constatado que sólo podrán darse nuevos pasos hacia el intercambio de información relativa a resultados de análisis de ADN en la Unión Europea cuando funcionen correctamente las bases de datos nacionales de los Estados miembros,

Adopta la presente Resolución:

*I. Creación de Bases de Datos Nacionales sobre ADN.*

*1. Se invita a los Estados miembros a que consideren la creación de bases de datos nacionales sobre ADN.*

*2. Con vistas al intercambio de resultados de análisis del ADN entre los Estados miembros se invita a éstos a que estructuren dichas bases de datos con arreglo a normas comunes y de forma compatible. Las posibilidades de intercambio se limitarán al intercambio de datos de la parte no codificante del ADN, de la que cabe suponer que no*

*contiene información sobre rasgos hereditarios específicos.*

*3. Los Estados miembros al crear un sistema informático para los resultados de los análisis del ADN, deberían tener en cuenta en la medida de lo posible, los resultados de la investigación realizada por el grupo de trabajo de la OIPC Interpol sobre ADN.*

*II. Normalización de las técnicas del ADN.*

*1. Sobre la base de estudios técnicos y científicos se determinarán las normas que hayan de emplearse.*

*2. Con vistas a un intercambio a escala europea de los resultados de análisis de ADN, se insta a los Estados miembros a que estructuren los resultados de los análisis de ADN utilizando preferentemente marcadores de ADN idénticos.*

*III. Garantías Jurídicas.*

*1. Corresponderá a cada Estado miembro decidir las condiciones en que podrán almacenarse en bases nacionales de datos los resultados de análisis del ADN, así como los delitos respecto de los cuales deba procederse a dicho almacenamiento.*

*2. La toma del ADN para el almacenamiento de resultados de análisis del ADN deberá ir acompañada de garantías que protejan la integridad física de la persona de que se trate.*

*3. La legislación nacional en materia de datos personales tendrá que ajustarse al Convenio Europeo nº 108. Deberán tomarse en consideración, cuando proceda, las*

*Recomendaciones (87)15 y (92) del Comité de Ministros del Consejo de Europa.*

*IV. Intercambio de resultados de análisis del ADN a nivel europeo.*

*1. El Consejo insta a que se estudie con detenimiento el sistema de intercambio de información. Se podría contemplar la creación de una red de bases de datos sobre ADN nacionales compatibles. El sistema deberá tener suficientes garantías por lo que respecta a la protección de los datos de carácter personal.*

*2. La organización de este intercambio de información deberá limitarse a los resultados de análisis del ADN que por comparación puedan mostrar si una persona figura en un archivo o si se puede establecer una relación entre una persona y los indicios encontrados en el entorno del delito.*

*3. Deberá estudiarse la necesidad de crear una base de datos sobre ADN europea como segunda fase, una vez que se den las condiciones para el intercambio de los resultados de análisis del ADN. Se estudiará un cometido apropiado para Europol. Por último el Consejo insta a que en un plazo de un año a partir del establecimiento de la presente Resolución se le presenten recomendaciones concretas con vistas a su aplicación.*

**VI.-DECLARACIÓN DE BILBAO**

En España se llevó a cabo durante los días 24 al 26 de mayo de 1993 en Bilbao, un encuentro internacional sobre el Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, en la que se realiza un profundo estudio sobre la incidencia de este proyecto en los distintos ámbitos del Derecho. Esta reunión multidisciplinar congregó a más de doscientos eminentes científicos y juristas de dieciocho países. En la clausura de la reunión, los participantes adoptaron una declaración en la que se recogen resumidamente, las más importantes cuestiones planteadas, y las conclusiones obtenidas. En el debate de los ocho grandes temas que se trataron en la reunión, los asistentes destacaron la existencia de un gran número de problemas legales a resolver, algunos actuales y otros que se harán más evidentes a medida que avance el Proyecto Genoma Humano.

-Incidencia de la genética en la libertad de la persona, en la formación de la voluntad, en la conducta humana, y, como consecuencia en su responsabilidad o culpabilidad, lo que tiene especial repercusión en el Derecho penal.

-Respeto a los derechos humanos según están consagrados en las constituciones

de los estados democráticos y acuerdos internacionales, como límite en la utilización de técnicas genéticas referidas al ser humano.

- Protección de la intimidad personal o confidencialidad de la información genética y

determinación de los supuestos en los que es factible alterarla o traspasarla.

- Patentabilidad de los genes y secuencias humanas, fijando límites justos a los derechos de propiedad y a los legítimos beneficios económicos, para estimular y consolidar la investigación.

- Fijación de límites precisos para ciertas formas de ingeniería genética que atacan la individualidad, identidad y variabilidad del ser humano, por el grave riesgo que suponen para la dignidad personal y para la evolución natural y la herencia genética.

- No utilización de la información genética en el campo de los seguros y utilización de pruebas en el campo laboral, cuando conlleven discriminación no justificable por intereses superiores.

- Tensión entre la demanda de liberalización total en la utilización o aplicación de la investigación y experimentación científica y la protección de ciertas libertades humanas que pueden verse en peligro por la difusión no autorizada de información genética.

- La autorregulación personal y colectiva entre científicos sigue siendo una protección importante para el respeto de los derechos humanos en la investigación científica. Debe evitarse una regulación legal prematura, apresurada, no informada y severa, debiendo redactarse consultando a la comunidad científica, y con un conocimiento preciso de la ciencia y tecnología aplicables, realizando consultas entre las personas que pueden verse inmediatamente afectadas por el desarrollo de dicha ley; más aún, la sociedad en general debería ser consultada siempre y recibir de la manera más adecuada una información regular.

Finalmente se recogieron fórmulas de consenso, propuestas integradoras y no excluyentes, superadoras de opciones individualistas.

Se adoptan algunas conclusiones que nos interesa destacar, la incidencia del conocimiento genético en el ser humano, demanda ya una detenida reflexión de los juristas para dar respuesta a los problemas que plantea su utilización. La investigación

científica será esencialmente libre, sin más cortapisas que las impuestas por el autocontrol del investigador. El respeto a los derechos humanos consagrados por las declaraciones y las convenciones internacionales, marca el límite a toda actuación o aplicación de técnicas genéticas en el ser humano.

La intimidad personal es patrimonio exclusivo de cada persona y por tanto debe ser inmune a cualquier intromisión. El consentimiento informado es requisito indispensable para interferir en ella. Excepcionalmente y por motivos de interés general, podrá permitirse el acceso a la misma, en todo caso bajo control judicial.

El cuerpo humano, por respeto a la dignidad de la persona, no debe ser susceptible de comercialización. No obstante, se permitirá la disponibilidad gratuita y controlada con fines terapéuticos o científicos. Los conocimientos genéticos son patrimonio de la Humanidad y deben comunicarse libremente.

La tecnología genética aplicada a la identificación personal, siendo susceptible de suministrar más información de la estrictamente necesaria, deberá restringirse a la exigencia indispensable de cada caso concreto. Hasta que lo permitan los avances científicos y dado que no se conocen las funciones exactas de un solo gen, es prudente establecer una moratoria en la alteración de células germinales.

Se rechazará la utilización de los datos genéticos que originen cualquier discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, de los seguros o en cualquier otro. Es aconsejable elaborar acuerdos internacionales y armonizar las leyes nacionales para regular la aplicación de los conocimientos genéticos, así como instaurar un control supranacional. La regulación internacional y la necesidad expuesta por los científicos en sus recomendaciones dieron lugar a la promulgación de normas legales en distintos países. Tanto en la regulación de la prueba de ADN en sí, como sobre todo en lo que atañe a las bases de datos de ADN.

El desarrollo del Proyecto Genoma Humano ha tenido en el transcurso de estos años con diferentes aplicaciones e indudables ventajas en la prevención, diagnóstico e investigación de diferentes enfermedades. Pero, paralelamente se están planteando problemas éticos, algunos de gran importancia relacionados con la identidad personal, confidencialidad de las informaciones genéticas, investigaciones y patentabilidad genéticas, prácticas discriminatorias y eugenésicas. Todo lo cual ha motivado la toma de postura de grupos de expertos en genética y bioética, dando lugar al desarrollo de



diversas Declaraciones, además de las mencionadas otras como la de Valencia y Madrid, así como a la elaboración de los Principios fundamentales que deben de reunir las reglamentaciones futuras en este campo.

## VII.- DERECHO COMPARADO

### 1.- ALEMANIA.

El método de investigación policial regulado en la Ordenanza Procesal alemana (StPO) y conocido con el nombre de *Rasterfahndung* consiste en un análisis computarizado de datos personales, los cuáles están recogidos y almacenados en archivos pertenecientes a instancias ajenas a la administración de justicia penal para una finalidad distinta a la persecución de delitos. El análisis de dichos datos se produce a partir de la elaboración por parte de las instancias policiales de unos determinados criterios criminológicos (denominados *Rastern*) ajustados tanto al delito objeto de persecución como al presunto autor del mismo.

Afectados por la medida del *Rasterfahndung* lo están en principio todas las personas cuyos datos están recogidos en el archivo en cuestión, es decir incluso personas en principio no sospechosas. En este sentido este método de investigación policial se presenta en principio como una injerencia de carácter procesal en el derecho fundamental de todo ciudadano a decidir por sí mismo sobre la transmisión de datos de carácter personal.

La Ley Procesal Penal Alemana,( *Strafprozeßordnung StPO*)<sup>37</sup> de la segunda mitad del siglo XIX, regula la investigación y los procedimientos de enjuiciamiento penal. Este Código cuenta con una regulación específica sobre investigaciones corporales, condiciones para la realización de exámenes físicos de sospechosos y testigos así como una abundante jurisprudencia sobre la materia. La doctrina se dividía entre quienes mantenían que los parágrafos de dicha ley eran suficientes para deducir las condiciones de realización de los análisis de ADN y quienes exigían una regulación expresa<sup>38</sup>.

Las reformas de la StPO alemana al objeto de incorporar los análisis de ADN al

---

37 Ordenanza Procesal Penal.

38 GÖSEL, KARL.HEINZ., “Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal.” Revista del Ministerio Fiscal núm. 3, 1996, págs. 136 y ss. Traducción al español de Poliano, M.

proceso penal son resultado de una larga discusión parlamentaria motivada por la necesidad real de una legislación al existir normativa sobre intervenciones corporales y por las posibles injerencias vinculadas a los señalados análisis. En este sentido son constantes las continuas referencias en la discusión citada al derecho de la personalidad, al derecho a la autodeterminación informativa, o al principio de autoincriminación.

#### a) Legislación.

Fruto de los debates doctrinales y posteriormente parlamentarios se implantó la necesidad de una legislación específica sobre ADN basada en que el art. 81 permite sólo una injerencia en la integridad corporal mientras que a través del análisis de ADN se pueden obtener datos personales muy sensibles y no únicamente del imputado, o de la víctima o testigo que se someten directamente al análisis sino también de las personas que están en relación de parentesco con éstos. En diciembre de 1996 el parlamento alemán aprueba una ley en la que se reforma los párrafos 81 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal introduciendo en los párrafos a e y f la regulación de los principales aspectos en este ámbito que ahora pasamos a analizar.

Más adelante, a través de la *Gesetz zur Novellierung der forensischen DNA-Analyse* ( 2005), se amplía el ámbito de aplicación del art.81 g StPO a sujetos ya condenados.<sup>39</sup>

#### b) Obligatoriedad del sometimiento a la toma de muestras

En cuanto a la toma de muestras el art 81 a permite la toma de muestras y otras intervenciones físicas, sin el consentimiento del inculcado, si esto no implica un perjuicio para su salud, dicha orden o decreto les corresponde al Juez o al Ministerio Fiscal, pueden ser usadas únicamente para ese procedimiento y deben ser destruidas una vez finalizado el mismo “...Art. 81 a. Reconocimiento físico, análisis de sangre.

*1. Se puede decretar el reconocimiento físico del inculcado con el objeto de constatación de hechos relevantes para el procedimiento. Con este fin se permite la toma de muestras de sangre así como otras intervenciones físicas para propósitos de análisis realizados por un médico de acuerdo con las reglas de la técnica médica, sin el*

---

39. Sobre el modelo alemán vid. ETCHEBERRÍA GUIRIDI, J, A La Ley, 2008 (<http://diariolaley.laley.es>) pp. 4 y ss.

*consentimiento del inculpado, siempre y cuando no exista ningún inconveniente para su salud.*

*2. Corresponde al Juez y, en caso de una puesta en peligro del éxito de la investigación por motivo de un retraso, también al Ministerio Fiscal y sus oficiales auxiliares (art. 152 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) otorgar dicho decreto.*

*3. Las muestras de sangre o de otras células corporales sólo podrán ser utilizadas en los procedimientos criminales en los cuales se basa la toma de muestra o cualquier otro procedimiento vinculado a los mismos; se debe proceder a su destrucción inmediata en el momento en que dejen de ser necesarias para el procedimiento....”*

Parece no exigir expresamente la concurrencia de indicios o sospechas de criminalidad en la persona afectada por las investigaciones corporales necesarias para la obtención de las muestras. Podría deducirse sin embargo esa necesidad del término "inculpado"<sup>40</sup> como sujeto pasivo de la intervención. En cualquier caso el *BVERfG* ha deducido del principio de proporcionalidad la necesaria concurrencia de sospechas de participación en el hecho delictivo, considerando inadmisibles la práctica de investigaciones corporales que tienen por objeto la búsqueda de indicios o sospechas hasta ese momento inexistentes contra una persona determinada<sup>41</sup>.

En caso de menores de edad o bien por falta de madurez intelectual, por motivo de una enfermedad psíquica o bien una disminución psíquica o mental no tengan la suficiente percepción del significado de su derecho de negativa, decidirá el representante legal. En caso de que el representante legal fuese excluido de la decisión (Art. 52 párrafo 2º frase 2ª) o hubiera cualquier impedimento para que tomara la decisión a su debido tiempo y el examen o la toma de muestras de sangre fuesen precisas para el aseguramiento de la prueba, estas medidas sólo serán permitidas por orden expresa del Juez.

La resolución decretando las medidas es inimpugnable. Las pruebas practicadas según la frase tercera sólo podrán ser utilizadas en el posterior proceso con el

---

40. De conformidad con el párrafo 157 el imputado es el inculpado contra el que se hubiera ejercitado la acción pública, y acusado, el inculpado o imputado contra el que se hubiera acordado la apertura del procedimiento principal, lo que en nuestro Ordenamiento sería el auto de apertura del juicio oral.

41. Autos de 14 de noviembre de 1969 y 25 de julio de 1963, entre otros, referidos a intervenciones corporales, concretamente el auto de 10 de junio de 1963 que resuelve sobre la constitucionalidad de éste precepto interpretando que el art. 81a exige que exista proporción por la gravedad de la inculpación, la solidez de la acusación.

consentimiento del representante legal facultado al respecto.

c) Ámbito no codificante del análisis

Se ha discutido ampliamente acerca del ámbito al que debe circunscribirse la investigación genética. La doctrina alemana consideró al respecto que la admisibilidad del análisis de ADN en el marco de la investigación delictiva está condicionada a que se limite a la porción no codificante del mismo.

La diligencia de análisis de ADN como medida de investigación a practicar en la fase de averiguación, ya afecte a la persona contra la que existan indicios de criminalidad, ya recaiga sobre los vestigios hallados en el lugar de los hechos, debe ser admisible sólo con fines de identificación, ya que únicamente esta inferencia puede ser considerada como neutral para la personalidad.

Por el contrario, los métodos de análisis que dejan al descubierto información sobre enfermedades latentes o caracteres de la personalidad del afectado, deben ser excluidos como medios de conocimiento en el proceso penal. Esta consideración quedó reflejada en la primera propuesta gubernativa de reforma legal específica sobre la materia. Se trata de la *Diskussionsentwurf einer gesetzlichen Regelung zum genetischen Fingerabdruck*, de diciembre de 1989 cuyo parágrafo 81 e (1) frase 2ª excluye de la prohibición el caso en que se trate de características corporales externamente apreciables debido a las ventajas que podría conllevar en cuanto eficacia en la investigación criminal.

Esta posibilidad fue criticada por un amplio sector doctrinal. El ejemplo típico de este extremo es el color de la piel. La admisión de esta posibilidad hace pensar que dentro de los caracteres corporales externos se podrían incluir las enfermedades apreciables externamente. Las críticas planteadas en relación con este punto fueron asumidas por el Ministerio de Justicia, ya que en la segunda propuesta de reforma, de noviembre de 1991, se renuncia a la cláusula de excepción que permitía las investigaciones acerca de las características externas corporales. Es más, el parágrafo 81 e (1) establece de forma categórica que no pueden realizarse determinaciones sobre las predisposiciones genéticas.

La jurisprudencia de los distintos Tribunales confirmó de inmediato dicha

limitación condicionando la admisibilidad de las investigaciones genéticas a que éstas se redujeran al ámbito no codificante del ADN. Así el Tribunal Supremo Federal (BGH) ratificó pocos meses después dicha orientación en su sentencia de 21 de agosto de 1990.

Finalmente el Tribunal Constitucional Federal alemán zanjó la cuestión mediante un auto de 18 de septiembre de 1995. Entiende el Tribunal Constitucional Federal alemán que las muestras de sangre obtenidas conforme al parágrafo 81 a StPO (con anterioridad, pues, a la mencionada reforma de la StPO de 17 de marzo de 1997) o en base al consentimiento del afectado, pueden ser reinvestigadas mediante el empleo de cualquier método, siempre que se limite dicha investigación al ámbito no codificante del ADN.

Señala la sentencia que “la investigación del ámbito no codificante de la molécula de ADN tiene por objeto solamente la estructura formal de las secuencias de bases correspondientes a esas moléculas de ADN, las cuales no contienen información acerca de las características hereditarias del individuo”. Estas investigaciones no afectan a las informaciones sobre las características hereditarias del afectado almacenadas en los genes. Esta orientación es también la que se consolida definitivamente tras la reforma de 17 de marzo de 1997.

Pese a que el parágrafo 81 e (1) *StPO* se refiere en primer término a la posibilidad de practicar investigaciones genético-moleculares (con la amplitud que supone tal expresión), la finalidad que se encomienda a las diligencias despeja toda posible duda acerca de la intención del legislador de limitar dichas investigaciones al ámbito no codificante. Sin utilizar expresamente este término (no codificante), el precepto indicado dispone que las investigaciones genéticas tendrán por objeto la determinación de una relación de parentesco o de los hechos y para ello se constatará si los vestigios hallados corresponden al inculpado o a la víctima. Teniendo en cuenta que el parágrafo 81 e (1) *StPO* se remite al parágrafo 81 a *StPO* los análisis señalados se han de practicar sobre las muestras obtenidas de una intervención corporal para compararlas con los vestigios hallados en el lugar de los hechos o en la víctima, para ello es suficiente con el análisis limitado al ámbito no codificante.

d) Emisión del peritaje:

Hay determinados análisis que requieren orden judicial previa, en los mismos debe constar el perito que se va a encargar de realizar el peritaje en cuestión, estos últimos deben ser públicos o en su defecto funcionarios independientes. Establece una restricción respecto a la responsabilidad de los peritos en cuanto a que deben garantizar la no realización de análisis moleculares prohibidos. “...Art. 81 f. Orden Judicial.

*1.Los análisis indicados en el artículo 81 e requieren una orden judicial. En la orden judicial escrita debe determinarse el perito al que se encargará dicho análisis.*

*2.La realización de los análisis indicados en el artículo 81 e debe encomendarse a peritos públicos u obligados por la Ley de Obligación, o bien funcionarios independientes. Dichos peritos tienen que garantizar mediante medidas técnicas y organizativas que se impidan los análisis genéticos moleculares prohibidos así como el conocimiento ilícito por parte de terceros. El material a analizar debe entregarse al perito sin indicación del nombre, de la dirección y del día y mes de nacimiento del afectado. En caso de que el perito sea una institución no pública, se aplicará el artículo 38 de la Ley de Protección de los datos personales con la reserva de que la autoridad de control supervise la ejecución de las disposiciones sobre la protección de los datos personales también en caso de que no existan indicios suficientes referentes a una infracción de dichas disposiciones y el perito no procese los datos personales en ficheros...”*

Se garantiza en este precepto además de la reserva judicial, la independencia de los peritos, que deberán pertenecer a organismos sin vinculación con los órganos encargados de la persecución del delito (Policía y Ministerio Fiscal básicamente) tratando de eludir todo resquicio de posible conducta abusiva por quien puede tener algún interés en obtener información y, además mantener fuera de toda discusión procesal la neutralidad de quien practica estos análisis genéticos.

En las diligencias previas depende de la orden del Juez si los peritos deben prestar su peritaje por escrito u oralmente.

Aproximándose a las directrices de la Recomendación del Consejo de Europa sobre la materia, la orientación que sigue el Derecho alemán es coincidente con la limitación de los resultados genéticos a los derivados de la investigación de delitos graves. La mayor parte de los casos resueltos por los Tribunales alemanes confirman este extremo, pues sobresalen las infracciones delictivas atentatorias contra la libertad

sexual acompañadas regularmente de delitos contra la vida y la integridad física.

La *StPO* tras la reforma no limita la admisibilidad de la huella de ADN a los delitos de cierta trascendencia, pero parece que la jurisprudencia y la doctrina alemanas se decantan hacia esta interpretación. El argumento utilizado para ello ha sido primordialmente el respeto al principio de proporcionalidad.

En materia de intervenciones corporales, y no debemos olvidar que la prueba de ADN lo es, el Tribunal Constitucional alemán, *BVERfG*, en su auto de 10 de junio de 1963, en un caso de intervención corporal, con una injerencia superior que la requerida para la práctica del análisis del ADN, indica que el examen de proporcionalidad entre la finalidad y la medida debe “tomar en consideración también la importancia del hecho punible” y añade más adelante que “la injerencia propuesta debe estar en una adecuada proporción con la gravedad del hecho, no tanto respecto a las consecuencias derivadas para el autor del esclarecimiento del hecho como de la pena esperada” para concluir definitivamente que “la extracción de líquido cefalorraquídeo, en sus dos variantes, no constituye un injerencia corporal insignificante y no resulta justificado someter al inculpado a semejante injerencia contra su voluntad por una causa de bagatela”.

El Landegericht de Berlín, en resolución de 14 de diciembre de 1988, se pronuncia a favor de la admisibilidad de la huella genética como medio de prueba limitada al ámbito no codificante y con apoyo en el principio de proporcionalidad, pues reconoce un injerencia en el derecho de la personalidad. Señala igualmente que dicho principio exige la ponderación de la gravedad del hecho punible y que semejante “injerencia en el derecho a la personalidad se admita sólo como última ratio”.

El Tribunal Supremo Federal (BGH) confirma, en su sentencia de 21 de agosto de 1990 dicha orientación al declarar la proporcionalidad de la investigación consistente en la huella genética al tratarse de un delito grave como el asesinato y al quedar limitado el análisis al ámbito no codificante. El espaldarazo definitivo viene de la mano del Tribunal Constitucional alemán, quien en su auto de 18 de agosto de 1995 dispone, en primer término, que la idea de una justicia penal eficaz exige la satisfacción del interés procesal en la investigación de la verdad y que el esclarecimiento de los hechos punibles graves constituye una misión especial del Estado de Derecho. Añade a continuación, que la práctica de la huella genética supone una injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales y exige, por consiguiente, la observación del principio de

proporcionalidad. Este principio requiere que “la medida sea indispensable y se encuentre en una relación proporcionada a la gravedad del hecho” y añade que ante un delito sexual de la clase que se cuestiona se garantiza la necesaria proporción entre la gravedad del hecho y la injerencia que supone la extracción de sangre así como en el derecho a la autodeterminación informativa.

Puede también argumentarse en favor de esta interpretación, la eficacia condicionante de las propias diligencias de investigación corporal. Partiendo de que las investigaciones genéticas se configuran en la StPO como complementarias de las intervenciones corporales que sirven de base a aquéllas. Se puede mantener que si el principio de proporcionalidad al exigir una gravedad punitiva de cierta entidad es aplicable a las intervenciones corporales quedará subordinada la práctica de los análisis de ADN a esta circunstancia.

Aunque no especifique expresamente la reformada StPO cuándo son admisibles los análisis de ADN, en relación siempre con una determinada gravedad punitiva, sí establece en algunos casos conforme a criterios excluyentes cuando resultarán improcedentes. En este sentido, el art. 2 de la Strafverfahrensänderungsgesetz, de 17 de marzo de 1997, modifica el parágrafo 46 (4) de la Ley de contravenciones al orden administrativo para incorporar expresamente la inadmisibilidad en dicho ámbito de las investigaciones genéticas sobre las muestras de sangre y análogas células corporales.

No hay que olvidar la postura de un sector doctrinal sosteniendo que debiera evitarse transferir a las resoluciones judiciales la misión de garantía del principio de proporcionalidad en la medida que la misma conduciría a la inseguridad jurídica y, cuando menos, parecería frágil que el legislador de esta forma hiciera dejación de sus deberes de garantizar la certeza jurídica en virtud del cumplimiento del principio de la separación de poderes.

#### e) Bases de datos de ADN

En Alemania se incorporó con fecha 17 de marzo de 1997 la regulación del empleo de la huella genética en el proceso penal. La ausencia, en dicha regulación de cualquier referencia a la posibilidad de hacer derivar ficheros automatizados de los resultados de los análisis suponía que no existía habilitación legal específica y suficiente



para este proceder, así lo había entendido la Conferencia de Comisarios de Protección de Datos alemana declarando que “Esta ley no contiene una determinación de si, y con que límites, resulta admisible el almacenamiento y la utilización de los resultados de investigaciones obtenidas del análisis de ADN en bancos de datos de la Policía con finalidades de identificación”.

Fue necesaria la entrada en vigor de la reforma mediante ley de 7 de septiembre de 1998 para plantear la posibilidad de funcionamiento de la base de datos de ADN alemana con fines de investigación criminal introduciendo el art. 81 g al objeto de posibilitar la conservación en ficheros automatizados de los resultados de análisis genéticos para esclarecer futuros delitos. Aunque nada se diga al respecto de forma expresa, las informaciones derivadas de dicho análisis con pretensión de su tratamiento automatizado en un banco de datos han de respetar los límites de la Ley federal alemana de Protección de Datos de 20 de diciembre de 1990. La limitación de la admisibilidad de crear ficheros de ADN a los delitos verdaderamente graves y que responden a determinadas modalidades en su ejecución adquiere pleno sentido dentro del contexto más amplio de las intervenciones corporales y de los análisis de ADN practicables sobre las muestras así obtenidas. Acerca de la exigida gravedad de las infracciones que motivan los análisis de ADN inscribibles en ficheros automatizados, ésta puede deducirse de la limitación de la práctica de la huella genética a los supuestos delictivos verdaderamente graves.

Si tal como se exponía para la prueba particular de ADN se debe restringir al ámbito no codificante, es obvio que con mayor motivo deberá respetarse este límite en los resultados genéticos que se han de almacenar informáticamente. En la Orden en que se crea la base de datos de ADN se establece en el capítulo de los fundamentos jurídicos que sólo podrán ser tratados aquellos caracteres de ADN necesarios para la identificación de una persona o la correspondencia de un vestigio a una determinada persona. El almacenamiento de más amplias características, o combinaciones de características del ámbito codificante del ADN, que posibiliten la determinación de un perfil de la persona es inadmisibile.

Es obvio que la mera existencia de bancos o ficheros de ADN no constituye a priori ninguna garantía de que se pueda evitar la comisión de nuevos delitos por el mismo autor. En todo caso, sí posibilita una más rápida identificación del infractor

reincidente y, en la medida en que la localización y aprehensión de éste sean practicable, obstaculizar terceras y sucesivas conductas ilícitas. Las opciones que se manejan pueden ser variadas: una relación o catálogo cerrado de delitos; el establecimiento de una pena que actúa como umbral, pero el criterio que verdaderamente adquiere sentido es el que hace depender la admisibilidad del registro de los análisis genéticos con la naturaleza o modalidad delictiva, es decir, aquellas infracciones delictivas que dejan huellas o vestigios biológicos como los delitos sexuales o los cometidos mediante violencia.

En la actualidad está en funcionamiento la base de datos de ADN con fines de investigación criminal alemana. Se ha encargado la custodia y situación de la base de datos de ADN a la *BundesKriminalant* (BKA), Wiesbaden (Oficina Federal Criminal). Se encuentra configurada con perfiles de:

- Sospechosos.
- Condenados, cuando el perfil de ADN haya sido necesario durante la investigación del delito por el que fue condenado.
- Vestigios de procedencia desconocida.

En cuanto a la concreción de los resultados genéticos de las modalidades delictivas, el legislador alemán ha optado por considerar conforme al art. 81 g que han de tratarse de hechos penales de relevante significado aunque no precise que ha de entenderse por tales. Tras esta determinación inicial enumera una serie de infracciones penales como delitos contra la autodeterminación sexual, lesiones corporales graves, robo en casos especialmente graves o extorsión, sin que constituya un catálogo cerrado.

En cualquier caso el análisis de ADN tiene que ser ordenado por un Juez. Se llevan a cabo controles de rutina de los laboratorios cada cinco años, comprobando qué muestras pueden ser suprimidas. No se especifica en la Ley plazos de conservación de los datos genéticos en los correspondientes ficheros automatizados. La Orden de creación de 17 de abril de 1998 dispone acerca de la duración del almacenamiento que los responsables procederán a examinar en el marco de cada caso particular respecto de los inculpados adultos una vez transcurridos diez años y respecto de los inculpados menores transcurridos cinco años, los datos que se han de rectificar o cancelar.

Vemos como progresivamente se restringen las garantías procesales y derechos y van en aumento el catalogo de delitos que permiten la extracción de muestras, incluso

en algunos casos puntuales sin orden; por ejemplo a fines del año 2003 fueron introducidas numerosas modificaciones en materia de delitos contra la autodeterminación sexual, en especial respecto al abuso sexual de menores<sup>42</sup>, no obstante no tan lejanas reformas en esa área<sup>43</sup>. Las reformas consistieron esencialmente en el incremento de marcos punitivos, la extensión de los tipos penales en su formulación, de tal forma que se criminalizan actos meramente preparatorios del abuso sexual de menores y reformas en materia de pornografía.

En el año 2005 entró en vigor la nueva normativa sobre análisis forense del ADN, que contribuye a una ya amplia posibilidad de afectación del derecho a la autodeterminación informativa en el derecho alemán. La ya citada modificación en materia de delitos contra la autodeterminación sexual había introducido la posibilidad de determinación de género, ampliando el catálogo de figuras para las cuales se permite el registro de ADN con fines probatorios en proceso penales futuros. Los cambios esenciales en la materia son los siguientes: se suprime la exigencia de una orden judicial para los casos en que se trate del análisis de muestras de células corporales de origen desconocido, así como en los casos en que el afectado ha consentido por escrito.

Asimismo se le concede a la fiscalía la posibilidad de ordenar el examen sin previa orden judicial en casos de urgencia. Se suprime el catálogo de delitos de alta significación en el & 81g I StPO que regula la recolección y almacenamiento de patrones de identificación genéticos para futuros procesos, junto a ello se amplían los casos de análisis de ADN a fin de utilizarlos en una futura persecución penal a delitos reiterados o que hayan de reiterarse, que considerados por sí solos no alcancen el grado de relevancia necesarios, pero que estimados en conjunto igualan a un delito de significación considerable. Finalmente, se introduce con el nuevo & 81hStPO una regulación respecto a los tests en serie a personas que presentan las características del presunto autor, previa orden judicial.

## 2.- REINO UNIDO

La *Section 64 de la Police and Criminal Evidence Act (PACE)* de 1984 disponía que las muestras corporales obtenidas de una persona y relacionadas con la

---

<sup>42</sup> 36.<sup>a</sup> Ley de Modificación Penal. BGBI I, 2003, 3007.

<sup>43</sup> Por medio de la 6.<sup>a</sup> Ley de Reforma Penal. BGBI I 1998,164.

investigación de un delito habían de ser destruidas una vez concluido el procedimiento en determinados casos:

Subsección 1: si el inculpado resultaba absuelto del delito.

Subsección 2: cuando se decide que la persona de quien proceden las muestras no será encausada.

Subsección 3: cuando la persona de quien procedan las muestras deje de ser sospechosa de haber cometido el mismo .

No preveía este precepto, ni ningún otro de la PACE, el destino que cabría dar, no a las muestras, sino al resultado de los análisis. El perfil de ADN resultante del análisis de las muestras corporales obtenidas constituía una nota o registro, pero no una muestra, por lo no era de obligada destrucción, conforme a la section 64 de la PACE. La razón de este silencio normativo no era otro que la entrada en vigor de la PACE antes de la aplicación de los perfiles de ADN en la resolución de las causas criminales y, por consiguiente, no se había planteado tal cuestión. Este silencio provocó no pocos problemas a los laboratorios forenses, una parte de la doctrina consideraba sostenible que el espíritu de la PACE obligaba a destruir los perfiles de ADN en los mismos casos en que era exigible la destrucción de las muestras corporales de las que derivaban los mismos<sup>44</sup>. El año 1994 la *Criminal Justice and Public Order Act* (CJPO) incorpora una serie de importantes modificaciones en la PACE de 1984 y, especialmente, en todo lo relativo a la obtención de muestras corporales. Dentro del conjunto de reformas cabe mencionar la nueva regulación acerca de la conservación y retención de informaciones derivadas de las muestras corporales.

La reforma distingue dos posibilidades diferentes de conservación de datos: por un lado la retención de los perfiles de ADN en bases de datos con la finalidad exclusiva de elaborar estudios estadísticos; por otro, la retención de información consistente en los perfiles de ADN con una finalidad de investigación criminal. En el primer caso, la acumulación de información sobre el ADN con fines estadísticos ha de servir para determinar la probabilidad de que un determinado perfil de ADN pueda darse en un individuo elegido al azar de entre la población. No hay que olvidar que los laboratorios al contrastar unas muestras de ADN con otras, han de acompañar la comparación con un

---

44. STEVENTON, B., "Creating a DNA Database", *Journal of Criminal Law*, 1995, vol. 59, núm 4, pág.415.

cálculo de probabilidades de que dicha coincidencia pueda volver a repetirse en relación a una población concreta.

En Gran Bretaña se viene procediendo al almacenamiento de los perfiles de ADN en un banco de datos, denominado *National DNA Database*, desde abril de 1995. En este fichero gestionado por el *Forensic Science Service* se incorporan datos que por su contenido pueden ser considerados como pertenecientes al ámbito no codificante del ADN. Desde la fecha indicada se analizan de forma rutinaria seis “repeticiones de pares cortas” a partir de los vestigios biológicos y las muestras corporales obtenidas de las personas en casos concretos que más adelante indicaremos.

En definitiva en la actualidad la prueba de ADN en el Reino Unido y la base de datos configurada por los análisis se encuentra regulada en:

i) Ley de 3 de noviembre de 1994 de Justicia penal y orden público(CJPO)<sup>45</sup>. En esta Ley se introduce una reforma de los art. 62 y ss de la ley de Policía y Prueba Penal de 1984 para adaptarlo a la realización de pruebas de ADN.

ii) Circular del Home Office 16/95 sobre el Banco Nacional de Datos de ADN.

Esta circular proporciona orientación sobre el funcionamiento y el uso de la nueva Base Nacional de Datos de ADN en Inglaterra y Gales. Define los cambios más importantes que introduce la Ley de la Prueba Penal y Orden Público (PP&OP) 1994 respecto a las competencias policiales que establecía la Ley de Policía y la Prueba Penal (PPP) 1984. Se establecen en dicha Circular las condiciones generales relativas a la provisión y el empleo de servicios de bases de datos de ADN y describe la práctica procedimental que debe llevarse a cabo en la toma y envío de muestras, así como en el acceso a la base de datos y temas relativos a la protección de la información.

#### a) La Legislación:

La regulación vigente en Gran Bretaña es quizás la que más se aleja de las Recomendaciones del Comité de Ministros Europeo, primando la eficacia en la averiguación de la autoría de un delito mediante la utilización de las técnicas de análisis de ADN en el ámbito de la justicia penal. Con anterioridad a la reforma de 1994 las disposiciones vigentes en la PACE comprendían dentro de márgenes muy estrictos, en

---

<sup>45</sup> Criminal Justice and Public Order Act 1994.

cuanto a la gravedad de la pena, la diligencia de extracción de muestras corporales necesaria para la práctica de los análisis de ADN (entonces carente de regulación). La redacción originaria de la PACE condicionaba la autorización (autorización que es policial) para la extracción de muestras corporales a la concurrencia de motivos razonables para sospechar sobre la implicación de la persona en un "serious arrestable offence". Las "arrestable offences" son las que comportan una pena de reclusión no inferior a 5 años, mientras que las "non arrestables" son todas las demás.

Además de la autorización del oficial de policía con rango de superintendente (*section 62 1 a PACE*) se requería, entre otros presupuestos, que estas "arrestables offences" fueran graves (serious) (*section 62 2 a PACE*).

Se han modificado algunas premisas relativas a la gravedad del hecho criminal justificativo de las extracciones de muestras corporales (*body samples*). Las secciones 54 3 b y 55 3 CJPO trastocan la originaria redacción de la PACE y donde antes se exigía como criterio habilitante la concurrencia de un hecho criminal perteneciente a la categoría de las "serious arrestable offence" ahora es suficiente con que merezca el calificativo de "recordable offence".

Tienen la condición de "serious arrestable offences", conforme a la PACE, la estafa, el asesinato, el homicidio, la violación, el rapto sexual, el incesto con una menor de 13 años, las coacciones sexuales, el delito de estragos poniendo la peligro la vida o la propiedad, delito de posesión de armas de fuego y de su utilización, delito de toma de rehenes y por último el delito de secuestro de aeronaves.

Los artículos 54 al 58 de la Ley de PP&OP 1994 introducen diversas enmiendas a la PPP a fin de ampliar las circunstancias en que se permite obtener muestras de una persona con el objetivo de realizar un perfil de ADN. La amplitud experimentada por los delitos que legitiman la extracción de muestras corporales y posterior análisis genético es considerable. En la lista de "recordable offences" contenida en la *Schedule of Offence Recordable at the National Identification Bureau* se recogen aproximadamente 64 modalidades de infracciones penales que merecen esa calificación, repartidas en numerosas disposiciones de muy diversa naturaleza sin que pueda, por lo tanto, sentarse un criterio único a la hora de la determinación de una gravedad punitiva concreta. Esta nueva catalogación incluye todos los delitos que tienen señalada una pena de privación de libertad (*imprisonment*) pero comprende, a su vez otros que no son

sancionables con esta pena. Se abarcan entre otros desde los delitos sexuales, terrorismo o el homicidio hasta otros cuya hipotética relación con un delito en el que las investigaciones corporales puedan resultar significativas son nulas como la importación de animales protegidos, las publicaciones pornográficas.

Esta modificación obedece a una Recomendación propuesta por la *Royal Commission on Criminal Justice* de julio de 1993 que sugería una reclasificación de ciertos delitos, a saber el delito de robo con violencia física (assault) o robo con entrada en domicilio (burglary) como *serious arrestable offences* a los efectos de la extracción de muestras corporales de las *sections 62 y 63 de la PACE*. Parece deducirse que la intención de la Comisión no era la de extender la posibilidad de practicar las extracciones de muestras corporales a todas las infracciones punibles sin limitación alguna, pero la nueva regulación excede a la recomendación sugerida por la Comisión.

Además al no establecer los nuevos preceptos incorporados mediante la CJPO de 1994 ningún tipo de limitación al respecto, la categoría denominada “recordable offence” será la que determine los delitos que legítimamente pueden ser incorporados a los ficheros o bancos automatizados.

El término “recordable offence” abarca un amplio abanico de delitos y resulta razonable preguntarse si las nuevas disposiciones legales resultan excesivamente amplias. El informe de la *Royal Commission on Criminal Justice* (julio de 1993), en la que se recogen indicaciones de la Policía acerca de “la frecuencia con que las personas arrestadas por delitos contra la libertad sexual han sido previamente condenadas por cometer otros tipos delictivos serios”, fue el punto de partida de la reforma posterior. Sin embargo las nuevas disposiciones permiten conservar información de personas condenadas por cualquier *recordable offence*, lo que excede de lo recomendado por la *Royal Commission* y es considerado, por parte de la doctrina inglesa, como una injustificable injerencia en la privacidad del individuo teniendo en cuenta la amplitud de la base de datos que se conforma<sup>46</sup>.

No significa esto, que la mera creación de una base de datos de ADN con fines de investigación vulnere el art. 8 del CEDH. Las dudas pueden surgir acerca de la amplitud de la base de datos y las circunstancias relativas al individuo que pueden ser

---

46. MIERS, D., "Taking samples under the Police and Criminal Evidence Act 1994", *Journal of Clinical Forensic Medicine*, 1995, núm. 2, pág. 95.

recopiladas en ellas. Estas disposiciones entraron en vigor el 10 de abril de 1995.

b) Clases de muestras:

La PP&PO lleva a cabo con claridad la distinción entre muestras íntimas y no íntimas. Esta delimitación tiene trascendencia pues conlleva distintas consecuencias jurídicas que la muestra esté incluida en una u otra categoría. El artículo 58 de la ley PP&OP amplía la definición de muestras no íntimas que ahora incluye saliva y frotados bucales. Se modifica por tanto la naturaleza jurídica de la muestra de saliva que se consideraba originariamente muestra íntima en la section 62 de la PACE pasando ahora a ostentar la condición de no íntima, al igual que los frotis practicados en la cavidad bucal, pues antes de la reforma todos los orificios corporales sin excepción, incluida la boca, pertenecían a la categoría de muestras íntimas. El nuevo artículo 63 de la PPP ha aclarado, que es muestra no íntima el pelo con la raíz a excepción del vello púbico. Puntualiza igualmente que dentro de un margen razonable se permita al sospechoso elegir la parte del cuerpo que desee para la obtención de la muestra.

Los pelos deben obtenerse uno a uno salvo que el sospechoso lo prefiera de otra forma y no se deben tomar en mayor número que el que la persona que realiza la toma estime necesario para obtener una muestra suficiente no se deben enviar pelos en número inferior a diez. Conforme al artículo 62 de la PPP, se permite obtener una muestra íntima de una persona detenida por la Policía, si un oficial de rango no inferior a comisario tiene motivos razonables para sospechar de la implicación de dicha persona en una "recordable offence".

También se puede obtener una muestra íntima de una persona que no esté detenida, pero de la que se hayan tomado en el curso de la investigación al menos dos muestras no íntimas que no hayan resultado idóneas o suficientes a fin de alcanzar los objetivos que se perseguían con su obtención. Para tomar una muestra íntima, se requiere en todos los casos el consentimiento escrito de la persona. Un tribunal podrá inferir conclusiones adversas si la persona deniega, sin motivo justificado, el consentimiento a un requerimiento legal de permitir la toma de la muestra. Conforme el artículo 63 de la PPP se permite obtener una muestra no íntima sin consentimiento:

i) de una persona detenida por la policía o que la autoridad de un tribunal



mantenga en custodia, siempre que un oficial de rango no inferior a comisario tenga motivos razonables para sospechar la implicación de dicha persona en un delito penal;

ii) de una persona si:

a) ha sido acusada de un delito informada de que va a ser denunciada por dicho delito o ha sido amonestada por dicho delito y,

b) en caso de que la policía no haya obtenido una muestra no íntima en el curso de la investigación del delito o sí lo ha hecho, pero dicha muestra no fuera idónea para el actual método de análisis o resultara insuficiente para ello.

La facultad de obtener una muestra no íntima de una persona condenada sin su consentimiento no es posible aplicarla a aquellas personas condenadas con anterioridad al 10 de abril de 1995, fecha de entrada en vigor del nuevo artículo 63 de la PPP. En cualquier caso estamos ante una muestra íntima o no es el oficial de policía, con rango de superintendente, quien procede directamente a autorizar la obtención de las muestras. La competencia exclusiva policial ha sido criticada por un sector de la propia doctrina inglesa<sup>47</sup> que considera que no es una adecuada garantía en una materia como las intervenciones corporales, teniendo en cuenta además que la PACE en la Sección 8 establece por ejemplo la necesidad de autorización judicial para la práctica de registro domiciliario.

Según disponen los artículos 62 y 63 de la PPP, la policía deberá “especificar la naturaleza del delito” cuando obligue a un sospechoso a proporcionar una muestra. Esa frase no obliga a la policía a especificar el delito penal exacto por el que dicho sospechoso puede ser procesado posteriormente. Esta mera autorización policial para la extracción de muestras corporales, se mantiene en relación a los posteriores análisis de ADN, otorgando a ambas un tratamiento conjunto. Pese a la ausencia de referencia expresa los preceptos de la reforma de la PACE en 1994 abarcan en su regulación los análisis de ADN, tal y como se establece en la Circular del Home Office 16/1995 de 31 de marzo sobre la Base Nacional de Datos de ADN.

---

47. GELOWITZ, M., "Yet he opened not his mouth: A critique of schedule 14 to the Criminal Justice Act 1988" *Criminal Law Review*, 1989, pág. 202. En el mismo sentido .Walker, C., "DNA "Profiling and Police Powers", *Criminal Law Review*, 1990, pág. 492.

c) Investigaciones para comprobar si ha tomado parte en otro delito sin resolver:

El artículo 63 A de la PPP permite que se contraste información obtenida a partir de muestras tales como perfiles de ADN de quienes han sido arrestados por su implicación en una recordable *offence* con los que consten en la base de datos mediante una investigación especulativa (una investigación destinada a comprobar si la persona ha tomado parte en otro delito no resuelto hasta el momento). Esto conlleva que podrían contrastarse perfiles de ADN con otros perfiles obtenidos de vestigios criminales y de muestras de pruebas penales.

Esto servirá para proporcionar indicios que resulten útiles a posteriores investigaciones pero no bastarían como elementos de prueba. De producirse la coincidencia entre las huellas genéticas halladas en el lugar de los hechos o en la víctima con las que constan en la base de datos será necesario proceder a la búsqueda del sospechoso, obtener muestras del mismo y compararlas nuevamente con las que se han encontrado en el lugar de los hechos o en la víctima. La *section 23* de la Circular 16/95 del *Home Office* dispone que la base de datos de ADN es únicamente una base de datos para fines informativos. No se pretenden emplear con fines acusatorios los resultados de ningún análisis realizado exclusivamente para la base de datos ni una concordancia en caso de hallarse durante una investigación especulativa.

Los artículos 62 y 63 de la PPP disponen que se debe informar a la persona, con anterioridad a la toma de muestra, de la razón por la que se procede a dicha toma, así como del hecho de que se puede emplear para realizar una investigación especulativa. Esta se debe registrar tan pronto se lleve a cabo. En el caso de una persona detenida en una comisaría de policía, dicho registro se hará constar en su informe de detención. Si la persona (esté o no detenida en una comisaría) autoriza la toma de una muestra, este consentimiento se registrará por escrito. Si la persona es un menor, se requiere que un adulto haga constar por escrito la autorización de la toma de muestras.

d) Destrucción de las muestras:

En su redacción original de 1984 el artículo 64 de la PPP obligaba a la destrucción de todas las muestras obtenidas de:

- i) aquellas personas que fueran absueltas;
- ii) aquellas personas que no fueran acusadas;
- iii) aquellas personas de las que se tomaron muestras en relación con la investigación de un delito, pero que posteriormente dejaron de ser sospechosas una vez que las muestras hubieran cumplido el objetivo por el que se obtuvieron.

El artículo 57 de la PP&OP de 1994 modifica el artículo 64 de la PPP en el sentido de establecer que no es necesario destruir las muestras obtenidas de una persona comprendida en estas categorías ni la información contenida en las mismas, si como resultado de la misma investigación, una persona de la que se ha obtenido otra muestra, es condenada. La *section 57* se refiere a que las muestras "no necesitan ser destruidas" pero la Circular 16/95 considera en su *section 15* que "no se deben destruir". Estas muestras podrían ser empleadas para realizar otros análisis comparativos en cualquier demanda ulterior por errores de la justicia, (lo que en España sería el recurso de revisión).

Sin embargo, conforme a los artículos 64 3a y 3b de la PPP cuando se obliga a destruir la muestra aunque realmente no se produzca esta destrucción, no se pueden emplear como prueba contra la persona de que se obtuvieron ni a fin de investigar un delito, ni la muestra ni la información obtenida a partir de ella.

Los perfiles de ADN se guardarán de forma que puedan ser incluidos en una base de datos de ADN únicamente si el sospechoso es condenado por un delito penal o si está en curso una acción legal contra dicho individuo con las excepciones anteriormente expuestas. No se podrán realizar investigaciones especulativas con las muestras y los perfiles obtenidos a partir de las muestras que se hayan tomado de voluntarios como parte de revisiones médicas masivas. No se guardarán las muestras y los perfiles obtenidos a partir de ellas excepto si:

- i) una persona incluida dentro de la revisión médica masiva ha sido condenada por un delito;
- ii) la persona que proporcione la muestra da su consentimiento escrito a que se conserve la muestra con fines estadísticos.

e) Ley de Prevención del Terrorismo:

El artículo 15 de la Ley de Prevención del Terrorismo (LPT) de 1989 aplica, con algunos cambios los procedimientos de la PPP sobre la toma de muestras de sospechosos detenidos bajo dicha Ley. El párrafo 62 del anexo 10 de la ley PP&OP de 1994 modifica el artículo 15 de la LPT en el sentido de que permite la obtención de muestras para la realización de perfiles de ADN a fin de ayudar a determinar si una persona detenida bajo la LPT está o ha estado implicada en actos de terrorismo, así como a establecer su implicación en un delito concreto.

No existe un mandato legal de destruir muestras tomadas en casos de terrorismo. Por consiguiente, los perfiles obtenidos de presuntos terroristas se conservarán de forma que puedan ser investigados en una base de datos de ADN, independientemente del resultado de la detención.

f) La base Nacional de datos de ADN:

Tal y como ya avanzamos viene regulada específicamente en la Circular del Home Office 16/95, sobre el Banco Nacional de Datos De ADN. La base de datos de ADN será una base de datos para toda la nación y comprenderá datos de individuos sospechosos, y condenados por un delito penal. La Circular del Ministerio del Interior de 1995<sup>48</sup> señala que la base de datos de ADN será única y central y comprenderá información de individuos sospechosos, advertidos o condenados por un delito (punto 21). La propia Circular calcula que la base de datos llegará a incluir unos cinco millones de registros. Tiene como finalidad exclusiva la de servir para información (así comprobar la relación del sospechoso con algún delito no resuelto respecto al que exista algún registro en la base de datos, art. 24). pero no para fines acusatorios. Por lo demás, establece unos procedimientos muy detallados sobre el funcionamiento del registro, que se somete expresamente a las previsiones de la Ley de Protección de Datos de 1984 (punto 60).

Además del perfil de ADN estos datos incluirán:

- i) el número de identificación de la muestra;
- ii) el arresto, número del informe de citación;
- iii) el nombre completo, sexo, fecha de nacimiento y apariencia étnica de la

---

48 Home Office Circular 16/95; National DNA Database.

persona;

- iv) el código del cuerpo de la comisaría;
- v) el nombre del agente que toma la muestra.

La base de datos también incluirá perfiles de ADN obtenidos a partir de vestigios obtenidos en la escena del delito. La base de datos de ADN será una base única, consolidada y central; no se dividirá por cuerpos, por regiones ni por ningún otro criterio de este tipo. Sin embargo, esto no excluye que se realicen investigaciones locales.

En el caso de que una persona sea sospechosa de haber cometido un delito concreto y que haya rastros criminales relacionados con dicho delito, se deben tomar muestras y realizar el análisis de la misma manera que se hace para definir la investigación de un caso concreto.

Los resultados del análisis se añadirán a la base de datos y se emplearán a fin de comprobar si el sospechoso ha estado implicado en algún otro delito no resuelto del que exista registro en la base de datos. En el caso de que no haya vestigios en la escena del crimen o en el entorno investigado, la toma de una muestra del cuerpo y el análisis se realizarán de la manera que se indican en el resto de esta Circular.

Si se halla una concordancia como resultado de la realización de una investigación especulativa de la base de datos, se obtendrá una muestra más y se analizará conforme a los métodos usuales de formación de la investigación del caso. Se pueden obtener esta nueva muestra conforme a la PPP ya que se tomará como parte de la investigación de un delito diferente (aquella relacionada con los rastros criminales de un caso no resuelto).

Inicialmente, se obtendrán los perfiles de ADN para la base de datos a partir de la muestra mediante la técnica denominada reacción en cadena de la polimerasa (PCR) a fin de analizar fragmentos repetidos conjuntos y cortos (FRCC). Los resultados de los procesos de perfiles se almacenarán electrónicamente en forma de un registro digital que cumpla la Ley de Protección de Datos de 1984.

A diferencia del método de las huellas dactilares, si el perfil de ADN de un condenado ya se encuentra en la base nacional de datos de ADN, no es necesario obtener otra muestra para incluir en la base de datos si dicha persona es sospechosa de implicación en otro delito cometido posteriormente. Sin embargo, sí será necesario

tomar una nueva muestra en caso de existir un proceso en el que se emplee la prueba de ADN, por las razones expuestas anteriormente.

g) Responsabilidades:

El servicio de la base de datos de ADN tiene dos partes:

- i) la base de datos de ADN, que almacena los datos obtenidos a partir de perfiles de ADN y en donde se llevan a cabo las investigaciones;
- ii) los laboratorios que toman las muestras individuales y las analizan a fin de obtener los perfiles de ADN.

La base de datos de ADN será dirigida y organizada por un único responsable, elegido por acuerdo de entre jefes de policía y refrendado por el Ministerio del Interior. Este responsable hará disponible y dirigirá el sistema informático en el que se mantendrá la base de datos. El primer responsable será el *Forensic Science Service*. El *Forensic Science Service*, como responsable de la base de datos de ADN, proporcionará y dirigirá un sistema para la base de datos que:

- i) tenga una capacidad que haya sido acordada con los jefes de policía;
- ii) cumpla con los requisitos de la Estrategia Nacional de los Sistemas de Información Policiales (Estrategia ACPO IS/IT);
- iii) cumpla con los requisitos de la Ley de Protección de Datos de 1984.

El responsable deberá estar en posesión del certificado del Instituto Británico de Calidad y de la acreditación, del NAMAS. Esto puede no ser posible en el momento de entrada en funcionamiento del servicio de la base de datos de ADN pero el *Forensic Science Service*, en su calidad de primer responsable, tratará de obtener estas certificaciones tan pronto como sea posible. Si mediante la investigación se desarrollan nuevos métodos de realización de perfiles de ADN, es importante que no se pierda la inversión ya efectuada en perfiles de ADN, previamente almacenados.

El responsable deberá garantizar que la base de datos de ADN sea capaz de adaptarse a los nuevos métodos de realización de perfiles de ADN (los nuevos perfiles se obtendrán mediante un nuevo análisis de las muestras ya almacenadas). Cualquier cambio será objeto de un acuerdo aparte entre el responsable y los respectivos cuerpos de policía. El responsable nombrado del *Forensic Science Service*, además de ser el

responsable de la base de datos, será experto en biología molecular. Puede darse el caso de que futuros responsables no posean estos conocimientos y únicamente proporcionen y dirijan el sistema de la base de datos. Un cambio de responsable puede requerir que se dividan las funciones de responsable y de experto en biología molecular inicialmente asumidas por el *Forensic Science Service* y que se tomen las medidas pertinentes para su prestación separada. Para efectuar un cambio de responsable se requerirá el acuerdo entre los jefes de policía y el refrendo del Ministerio del Interior.

La realización de perfiles podrá ser llevada a cabo por el *Forensic Science Service* o por otras organizaciones y esto lo decidirán los cuerpos de policía respectivos. Sin embargo si bien los cuerpos de policía tienen la facultad de elegir quien realiza los servicios de perfiles de ADN, es imprescindible que se mantengan los niveles de calidad y la compatibilidad con los servicios centrales de la base nacional de datos.

El *Forensic Science Service*, como responsable de la base de datos, debe garantizar el cumplimiento de los niveles de calidad marcados y la utilización de un protocolo estándar que serán acordados con los jefes de policía y sometidos al refrendo continuado del Ministerio del Interior.

#### h) Control de calidad

Todo laboratorio que lleve a cabo perfiles de ADN debe llevar a cabo un control de calidad que satisfaga plenamente al *Forensic Science Service*, en su calidad de responsable de la base de datos, sobre su competencia y su autorización a fin de utilizar la técnica de perfiles acordada entre los jefes de policía y el *Forensic Science Service*, y refrendada por el Ministerio del Interior.

En el futuro, los servicios de perfiles deberán poseer el certificado del Instituto Británico de Calidad y de la acreditación del NAMAS. El *Forensic Science Service* enviará muestras a todos los servicios de perfiles a fin de realizar repeticiones de análisis en un porcentaje acordado sobre el número total de muestras analizadas. Estas muestras se codificarán de nuevo a fin de que sean identificadas como muestras de prueba, pero de tal manera que los laboratorios que realizan perfiles no puedan conocer su identidad anterior. Luego, se compararán los resultados de ambos análisis y, en el caso de fallar cualquier prueba de garantía de calidad, el *Forensic Science Service* enviará una explicación por escrito al servicio de perfiles si no se ha llevado a cabo una

reinspección y una nueva validación, a los jefes de policía y al Ministerio del Interior.

i) Origen:

El material sobre el que se realizarán perfiles de ADN provendrá de:

- i) muestras de pruebas penales (de personas acusadas, denunciadas o condenadas);
- ii) muestras tomadas de la investigación del caso (de sospechosos);
- iii) vestigios criminales (obtenidos mediante las líneas de investigación habituales);
- iv) muestras obtenidas a fin de eliminar líneas de investigación (de víctimas, testigos, etc.).

Los perfiles realizados a partir de muestras obtenidas con el fin de eliminar líneas de investigación no se emplearán en investigaciones especulativas y no se conservarán en la base de información de datos de ADN. En este sentido, los jefes de policía han acordado que se realicen perfiles de todos los sujetos que cometan infracciones penales pero, en primera instancia, la policía únicamente debe tomar muestras de aquellos infractores encuadrados en las siguientes categorías:-delitos contra las personas; -delitos sexuales-delitos de allanamiento de morada. Sin embargo, esto no excluye la toma de muestras por las fuerzas de seguridad en los casos de otros delitos penales a fin de incluirlas en la base de datos, ni obliga a dichas fuerzas a tomar muestras en los casos de todas las categorías mencionadas. Todas las fuerzas policiales deben tener una política explícita y clara en la toma de muestras. Esta política debe ser comunicada al *Forensic Science Service* (como responsable de la base de datos) y a toda aquella organización que se dedique a la realización de perfiles, a fin de garantizar la disponibilidad de la suficiente capacidad e infraestructura.

La demanda de utilización de los servicios de la base de datos puede variar. Por ejemplo, con el tiempo, el número de muestras puede descender debido a la reincidencia. Sin embargo, si se incluyen otras categorías de delito, esto invertirá la tendencia. Los procedimientos de obtención de muestras por la policía, de envío al laboratorio, los procesos internos de manipulación de muestras a fin de realizar perfiles, y los procedimientos de utilización de la base de datos se ajustarán a las normas reguladoras de las pruebas penales.



Las pruebas penales de ADN deben ser consecuencia de las vías usuales de investigación del caso. El *Forensic Science Service* facilitará la formación que permita a los que la reciben, a su vez, formar a otros en la obtención y el envío de muestras.

j) Procedimiento:

Las muestras se obtendrán habitualmente mediante dos frotados tomados de la boca conforme a las disposiciones de la PPP. Otra alternativa es la toma de pelos corporales (excepto vello púbico), incluida la raíz, en número no inferior a diez. Las muestras de víctimas, cuando se deban tomar con fines eliminatorios, se obtendrán por los métodos habituales de investigación del caso. En el futuro, todas las revisiones médicas masivas analizadas por el *Forensic Science Service* se analizarán en la Unidad de la Base de Datos de ADN en Birmingham. Con este fin se proporcionarán equipos de frotados bucales y equipos de toma de pelos. El *Forensic Science Service* u otras organizaciones de realización de perfiles autorizadas proporcionarán equipos de frotados bucales prescritos como parte de un equipo de obtención de muestras, que se emplearán conforme a las instrucciones definidas en tales equipos. Se exigirá una muestra consistente en dos frotados por persona y, habitualmente sólo se analizará un frotado para realizar un perfil de ADN.

Es posible que el análisis del primer frotado sea infructuoso y se necesite el segundo frotado para completar satisfactoriamente el análisis. En cualquier otro caso, el *Forensic Science Service* (o un subcontratado elegido por él) lo conservará hasta que la policía le informe de que debe ser destruido. Los frotados se destruirán cuando se retire el correspondiente registro de la base de datos.

Si fuera necesario, los frotados se guardarán de tal manera que se garantice su conservación mientras viva el infractor. Excepcionalmente, cuando una muestra forme parte de las pruebas penales, la muestra almacenada debe estar a disposición de la defensa.

Los frotados bucales no se obtendrán en veinte minutos siguientes a que la persona haya ingerido alimentos o bebida. Las muestras se deben precintar, embalar y etiquetar en presencia del donante y se deben enviar a la organización que lleve a cabo el perfil por uno de los procedimientos de entrega aprobados.

k) Realización de los análisis y contraste con la base de datos:

La organización de realización de perfiles rechazará aquellas muestras que no lleguen en condiciones satisfactorias, sin la debida identificación o cuya consistencia sea motivo de duda. Los resultados del proceso de realización del perfil se remitirán, para su inclusión en la base de datos, en un formato acordado con el *Forensic Science Service*, compatible con el sistema informático y del que se pueda realizar una evaluación de calidad antes de su inclusión en la base de datos.

Los perfiles obtenidos a partir de muestras de la investigación del caso y rastros criminales se contrastarán con los perfiles investigados ya contenidos en la base de datos. Los perfiles de víctimas y testigos se emplearán únicamente con fines eliminatorios y no se incorporarán a la base de datos. Los informes y los resultados de los análisis de muestras serán confidenciales y estarán disponibles en una impresión estándar acordada entre el *Forensic Science Service* y los jefes de policía. Se informará sobre las muestras que proporcionen un resultado claro e inequívoco y que estén respaldadas por los controles apropiados. En algunos casos, se podrán notificar las identificaciones parciales para realizar una investigación posterior. Los informes de muestras se dividirán en tres grupos:

- a) no se encontraron concordancias;
- b) se encontró una concordancia con un perfil obtenido de un persona analizada anteriormente, lo que indica o bien un registro duplicado o uno falso;
- c) se encontró una concordancia con un perfil de un rastro de un crimen sin resolver, lo que indica una posible conexión entre la persona y dicho crimen.

También los informes de vestigios recogidos en la escena del crimen se dividirán en los tres grupos referenciados: normalmente, sólo se conservará un perfil por persona en la base de datos. Cuando se comprueba que un perfil concuerda con otro perfil ya existente en la base de datos y se demuestre que pertenece a la misma persona, el nuevo perfil se mantendrá en la base de datos pero señalado como duplicado. Se pretende que el *Forensic Science Service* tenga acceso directo a áreas importantes de la base de datos PHOENIX de registros de crímenes y se está elaborando por parte de los jefes de policía

una serie de requisitos de utilización. Una vez que estas conexiones se hayan realizado y siempre que se pueda verificar la identidad de un infractor, el Forensic Science Service introducirá un indicador en el registro del infractor en el PHOENIX para señalar que se ha realizado el perfil de ADN de una muestra y retirará dicho indicador cuando se destruya la muestra. Este procedimiento evitará la innecesaria repetición de muestreo de reincidentes.

l) Concordancia en la base de datos:

Habrà una persona designada en cada cuerpo a fin de recibir informaci3n de la base de datos y toda identificaci3n que se encuentre en la base de datos se enviarà a la persona designada. Cuando una identificaci3n sea importante para màs de un cuerpo policial (por ejemplo, si se relaciona con delitos cuya investigaci3n corresponde a diferentes cuerpos), la informaci3n se enviarà a la persona designada en cada cuerpo.

En cuanto a las muestras tomadas de la investigaci3n de un caso concreto, la informaci3n se enviarà de la manera habitual al agente investigador que remiti3 la muestra. Todas aquellas identificaciones en la base de datos relativas a otros delitos se enviaràn a la persona designada en el cuerpo de que se trate.

m) Destrucci3n de muestras, perfiles y registros de datos:

En cuanto al plazo de conservaci3n de los perfiles de ADN la *section 66* de la Circular establece que las inscripciones en la base de datos de ADN se mantendràn el mismo tiempo que las inscripciones penales relativas al infractor en la base de datos PHOENIX. La *section 68* de la misma Circular establece que la cancelaci3n de las inscripciones de aquellas personas que hayan sido condenadas o amonestadas por un crimen supondrà tambi3n que se retire la inscripci3n de la base de datos de ADN, como es el caso por ejemplo del fallecimiento de una persona produci3ndose la notificaci3n al *Forensic Science Service* a trav3s de la conexi3n con el sistema PHOENIX.

Tales modificaciones de los registros de la base de datos seràn llevados a cabo únicamente por operarios designados y autorizados y, de forma rutinaria, se realizaràn inspecciones que incluiràn las copias de seguridad de la base de datos. En los casos en

que se resuelva un crimen, se mantendrá el registro de la base de datos relativo a ese vestigio del crimen hasta que el infractor haya sido condenado y será entonces cuando se retire.

n) Ley de Protección de datos:

Todos los resultados y detalles administrativos se almacenarán electrónicamente y la utilización de la base de datos estará sujeta a la Ley de Protección de Datos de 1984. Todos los cuerpos de policía u otros organismos con una función investigadora legal, habrán de registrar su uso concreto de los datos y el objetivo de dicho uso en el Registro de Protección de Datos. El *Forensic Science Service*, como responsable de la base de datos, nombrará a un administrador del sistema de la base de datos, que mantendrá una lista de aquellos usuarios autorizados registrados en el Registro de Protección de Datos y también de aquellas personas con acceso directo a la base de datos.

Los datos se conservarán en un sistema protegido con claves y se organizará la seguridad de forma que se cumplan los requisitos de la Ley de Protección de Datos. Únicamente se permitirá el acceso a operadores autorizados, y según el estatus del que accede, se permitirá:

- i) la incorporación de perfiles de personas junto con sus identificadores únicos;
- ii) la incorporación de perfiles de rastros criminales junto con sus identificadores únicos;
- iii) la consulta de la base de datos.

Las personas cuyos perfiles se encuentren en la base de datos tendrán derecho a una copia de todos los datos personales referentes a ellas. Será necesario establecer unos procedimientos de acceso estandarizados por los jefes de policía y el *Forensic Science Service* y refrendados por el Ministerio del Interior.

Por último, en relación con la normativa de este país es indudable la repercusión que ha tenido en ella la sentencia del TEDH de 2008 en el caso S. y Marper contra el Reino Unido en lo que se refiere al menos a la pertinencia de mantener los perfiles de ADN en el fichero policial cuando concurren las circunstancias del referido caso.

El Banco Nacional de datos de ADN llegó a contener de Inglaterra, Gales e

Irlanda del Norte llegó a contener más de 6.000.000 de muestras biológicas y más de 4.500.000 de perfiles genéticos en sus bancos de datos policiales. Antes de la dicha Sentencia el Reino Unido era el único Estado miembro que autorizaba expresamente la conservación sistemática y por un plazo ilimitado de perfiles de ADN y muestras celulares de personas que han sido absueltas o respecto a las cuales se han retirado los cargos. Los demandantes sostuvieron, que la conservación de sus huellas dactilares, muestras celulares y perfiles de ADN lesionaba el derecho al respeto de su vida privada.

El Tribunal señalaba que las tres categorías de información personal conservadas por las autoridades respecto a los dos demandantes, a saber las huellas dactilares, los perfiles de ADN y las muestras celulares, constituyen datos de carácter personal en el sentido de la Convención sobre la protección de datos puesto que se refieren a personas identificadas o identificables. Por su parte, el Gobierno reconoce que en los tres casos se trata de «datos de carácter personal», en el sentido de la Ley de 1998 de protección de datos que se hallan en manos de personas capaces de identificar a las personas concernidas.

En el apartado 125 de la Sentencia “...*el Tribunal estima que el carácter general e indiferenciado de la facultad de conservar las huellas dactilares, las muestras biológicas y los perfiles de ADN de las personas sospechosas de haber cometido delitos pero que no han sido condenadas, tal y como se ha aplicado a los demandantes en el caso de autos, no guarda un equilibrio justo entre los intereses públicos y privados que concurren y que el Estado demandado ha superado cualquier margen de apreciación aceptable en la materia. Por tanto, la conservación en litigio se ha de considerar una lesión desproporcionada del derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y no puede considerarse necesaria en una sociedad democrática. Esta conclusión dispensa al Tribunal de examinar las críticas formuladas por los demandantes contra ciertos extremos concretos del régimen de conservación de los datos litigiosos, tales como el acceso a estos datos, demasiado amplio en su opinión y la protección, insuficiente según ellos, que ofrece contra el uso impropio o abusivo de los mismos.*

126. En consecuencia, ha habido en el presente caso violación del artículo 8 del Convenio ( RCL 1999\1190, 1572) ....” Además, sostuvo que la naturaleza amplia e indiscriminada de los poderes del Gobierno no es aceptable en una sociedad

democrática, ya que no establece un balance adecuado entre el interés público y los intereses privados en pugna. La Corte de Estrasburgo hizo hincapié en que las muestras biológicas contienen gran cantidad de información sensible acerca de las personas, incluyendo información sobre su salud. En opinión del tribunal, la retención per se de muestras biológicas debe entenderse como una interferencia en el derecho de la privacidad de las personas. Adicionalmente, la Corte sostuvo que, a diferencia de las huellas dactilares, los perfiles de ADN tienen la capacidad de identificar relaciones genéticas entre las personas y que esta sola circunstancia era motivo suficiente para concluir que la conservación de los perfiles de ADN también interferiría con el derecho a la privacidad de las personas. Y, no menos importante, que los perfiles de ADN permiten inferir el origen étnico de una persona, lo que torna más sensible la información y, por ende, más susceptible de afectar el derecho a la privacidad.

El Tribunal Superior Europeo<sup>49</sup>, consideró que esta situación era abusiva y emitió una sentencia que obligó al Reino Unido a cancelar alrededor de 2.000.000 de perfiles genéticos, incluso aún en el año 2013 la destrucción de muestras de ADN, cancelación de perfiles genéticos y huellas dactilares no había concluido. Interior debió destruir las muestras de ADN tomadas a los detenidos cuando pasan a custodia policial, normalmente procedentes de la saliva, en el caso de que se trate de personas inocentes.

De personas juzgadas y halladas no culpables o puestas en libertad sin cargos sin llegar a juicio se conservará temporalmente el perfil genético -un código digital numérico- elaborado a partir del análisis de la muestra de ADN.

En el caso de que a esas personas se las hubiera relacionado con delitos graves, tales como terrorismo, elevada violencia y abuso sexual, el perfil genético se almacenará durante doce años. Si se trata de delitos menores, el almacenaje será de seis años. La medida también incluso a los menores de edad que hayan cumplido 10 años y que sean detenidos pero no condenados.

De forma reciente y en el marco de la lucha contra el terrorismo el Counter-Terrorism Act ( 2008) otorgó poderes a la policía para tomar ADN y huellas dactilares a

---

<sup>49</sup> TEDH 2008\104 Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Gran Sala), de 4 diciembre 2008 Caso S. y Marper contra Reino Unido.

personas sujetas a órdenes de control, pudiendo ser recogidas durante cualquier vigilancia secreta autorizada y conservadas de forma indefinida, pudiendo ser usadas de acuerdo con los intereses de la seguridad nacional.

Es notorio como en la actualidad, y no sólo en el Reino Unido, la lucha contra grandes delitos, como por ejemplo el terrorismo, aparentemente legitima a invadir derechos antes considerados intangibles, y lo dificultoso que es mantener el equilibrio entre libertad individual y seguridad colectiva, siendo innumerables los conflictos que subyacen en el manejo de una herramienta informativa tan poderosa como son las muestras y los perfiles del ADN.

### 3.- ITALIA

La Sentencia 238/1996 del Tribunal Supremo Italiano estableció que la extracción de una muestra de sangre sin el consentimiento del sospechoso puede representar una violación del derecho de libertad personal establecido en la Constitución. La toma de la muestra procedente de un individuo fue considerada en esta resolución en un sentido invasivo no sólo desde un punto de vista físico sino también desde un punto de vista moral, representando una violación del derecho de privacidad.

Así, cuando la muestra es obtenida sin consentimiento, o con consentimiento pero sin la información sobre las consecuencias del mismo, se está invadiendo el derecho a la privacidad. Sin embargo, la trágica incidencia de los crímenes violentos en la sociedad moderna aumenta la alarma social, sobre todo, ante la frecuencia en la reincidencia de los delincuentes habituales ha hecho plantearse la posibilidad de la creación de una base de datos de ADN, requiriendo el Parlamento a la Comisión Italiana de Bioética un informe sobre las ventajas e inconvenientes de la creación de dicho archivo.

Dicha Comisión en dictamen de 18 de marzo de 1994 sobre el Proyecto Genoma Humano advierte de los riesgos relativos a la posibilidad de una utilización indebida de las aplicaciones que puedan derivarse de los conocimientos acumulados en el curso de la investigación. El Comité se reserva el examen, entre otros temas, de los problemas legales relativos al acceso y a la propiedad de los datos científicos.<sup>50</sup> Se han utilizado en Italia las pruebas de ADN en relación con delitos de agresión sexual. Las huellas de ADN pueden clasificarse dentro de las medidas coercitivas cuya aplicación está estrictamente limitada por la Constitución y la ley. Una persona sospechosa puede ser sometida a medidas coercitivas si lo permite la ley, el tribunal competente dicta una resolución motivada, y existe la posibilidad de recurrir dicha resolución ante la *Corte di Cassazione*. Tanto la Constitución como el *Codice di Procedura Penale* reservan exclusivamente la autorización de las inspecciones y registros corporales a la autoridad judicial. No obstante tras la reforma del *Codice* en 1988 la dirección de la investigación preliminar donde se practican generalmente estas diligencias está encomendada al Ministerio Público. La doctrina mayoritaria italiana considera que éste puede ser

---

50. NIELSEN, L., "Pruebas Genéticas y Derecho a la Intimidad: una perspectiva Europea", Revista De Derecho y Genoma Humano, 4/96, pág 77.



considerado "*autorità giudiziaria*".<sup>51</sup>

El Código de Procedimiento Penal italiano, en su artículo 244, regula la inspección de personas, lugares o cosas, acordada mediante decreto motivado, cuando sea necesario averiguar las huellas y los demás efectos materiales del delito. Además, el 245 prevé que, antes de proceder a la inspección personal, el interesado será advertido de la facultad que tiene de ser asistido por persona de su confianza, siempre que ésta pueda localizarse sin demora y fuera idónea. La inspección se efectuará con respeto a la dignidad y, en la medida de lo posible, al pudor de quien haya de ser objeto de la inspección. Existen asimismo varias Proposiciones de Ley encaminadas a introducir normas de carácter general para la protección de las personas frente a la utilización de la información de carácter personal.

Por la Ley 85 de junio de 2009 por la que se produce la adhesión de la República Italiana al Tratado celebrado el 27 de mayo de 2005 entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República de Austria, sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular con el objetivo de luchar contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal (Tratado de Prüm). Creación de la base de datos nacional de ADN y el laboratorio central para el banco de datos nacional de ADN Delegación al Gobierno para la institución de las funciones técnicas del Cuerpo de Policía Penitenciaria. Modifica el Código de Procedimiento Penal, en materia de evaluaciones técnicas que puedan afectar a la libertad personal.<sup>52</sup>

#### 4.- PORTUGAL

En Portugal, no hay una legislación específica de análisis de ADN y todos los casos de genética forense se llevan a cabo en los servicios de Biología forense:

---

51. D'ALOJA, E., "Ethical and legal issues of DNA typing in forensic medicine: a brief survey on the Italian situation", *Forensic Science International*, 88/97, págs. 75 y ss.

52. Legge N° 85, 30 giugno 2009. Adesione della Repubblica italiana al Trattato concluso il 27 maggio 2005 tra il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica d'Austria, relativo all'approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale (Trattato di Prum). Istituzione della banca dati nazionale del DNA e del laboratorio centrale per la banca dati nazionale del DNA. Delega al Governo per l'istituzione dei ruoli tecnici del Corpo di polizia penitenziaria. Modifiche al codice di procedura penale in materia di accertamenti tecnici idonei ad incidere sulla libertà personale.

Coimbra, Oporto y Lisboa y en el Laboratorio de Policía Científica de Lisboa. El proceso sólo se inicia por solicitud de los Tribunales<sup>53</sup>. El alto número de pruebas de paternidad cuando lo comparamos con otros países se debe a lo dispuesto en los artículos 1864 y 1801 del Código Civil en los cuales se establece la necesidad de que el Estado investigue la paternidad de oficio sin necesidad de que sea a instancia de parte.

Art. 1801 Exámenes de sangre y otros métodos científicos.

En las acciones relativas a filiación son admitidos como medio de prueba los exámenes de sangre y cualesquiera otros métodos científicamente comprobados.

Art. 1864. Paternidad desconocida.

Siempre que se lleve a cabo el registro de nacimiento de un menor en el que sólo figure determinada la maternidad, debe el funcionario encargado, remitir al tribunal certificado integral del registro a fin de averiguar oficiosamente la identidad del padre.

La estandarización ha sido siempre importante en Portugal hasta el punto de que ya en 1987 el Instituto de Medicina legal de Coimbra organizó un encuentro sobre pruebas de paternidad, celebrándose anualmente desde entonces y aprobándose la Recomendación para la aplicación del polimorfismo genético a los casos de Medicina forense en diciembre de 1992. Desde 1988 todos los laboratorios portugueses han participado en las actividades del grupo español del ISFG.

En Portugal no sólo se permite el uso de la fuerza, previa autorización judicial, sino que se permite la coacción directa para detener a una persona con objeto de practicarle una intervención corporal —artículos 171 y 172 Código procesal penal portugués—.

## 5.- FRANCIA

Con anterioridad a la promulgación de la legislación francesa sobre la prueba de ADN y a la vista del debate que empezaba a suscitarse se emitió por el Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y de la Salud, el Dictamen de 15 de diciembre de 1989 sobre la difusión de las técnicas de identificación mediante el análisis del ADN <sup>54</sup>. En el deseo de proteger las libertades públicas y para evitar todo

---

53 Vide, M. C., "Ethical and Legal Issues of DNA Typing in Forensic Medicine. Portugal". Comunicación oral en el Simposio Internacional Genética Forense, Mainz, octubre, 1997.

54. En este dictamen se suscitan las cuestiones más importantes que plantean estas técnicas de identificación y se recomienda:

a) Que las pruebas de identificación por análisis de ADN sean restringidas a ciertos laboratorios especialmente acreditados en razón de su competencia y de una cualificación otorgada tras

tipo de discriminación, el Comité llama la atención sobre los peligros de la conservación de los resultados obtenidos mediante técnicas de identificación por análisis del ADN<sup>55</sup>. La *Commission Justice Pénale et droits de l'homme* para la reforma de ciertos aspectos penales y procesales, se manifestó acerca de la posibilidad y la necesidad de una reglamentación específica en materia de huellas genéticas como prueba científica en la justicia penal en cuanto afectan la libertad individual y a la integridad corporal.

El uso de análisis genéticos en Francia se reguló por la Ley 1994-653 de 29 de julio, por Ley nº 96-452, del 28 de mayo 1996 y por Ley 98-468 de 17 de junio de 1998. Estas leyes afectaron a distintas disposiciones legales francesas: al Código de Salud Pública de 1953, al Código Civil y al Código Penal fundamentalmente, que tras la reforma quedan afectados en algunos de sus artículos.

El Código de Salud Pública establece en su artículo 145-15 que “...*El examen de las características genéticas de una persona o su identificación por huellas genéticas, cuando no se realice en el marco de un procedimiento judicial, no podrá realizarse más que con fines médicos o de investigación científica y después de haber otorgado su consentimiento...*” El Código Civil en su Art. 16-10 dispone que “... *Sólo podrá efectuarse el estudio genético de las características de una persona con fines médicos o de investigación científica. Debe contarse previamente con el consentimiento de la persona antes de efectuar el estudio.*

En el ámbito penal, la Ley nº 94-653 del 29 de julio 1994, implicó la introducción de reformas del Código Penal, introduciendo una importante novedad en materia de tipificación penal sancionándose una serie de conductas relacionadas con identificaciones genéticas llevadas a cabo con fines distintos de los legalmente previstos, así: en el Art. 226-25 refiere que “.... *El hecho de proceder al estudio de las características genéticas de una persona con fines médicos, sin disponer previamente de su consentimiento, en las condiciones previstas por el artículo 145-15 del Código de*

---

unos controles de calidad.

b) Que la realización de las pruebas no pueda tenerse en cuenta más que en decisiones judiciales.

c) Que únicamente los laboratorios acreditados pueden ser considerados como expertos por los Tribunales.

55. Comité Consultivo Nacional Francés de Ética para las Ciencias de la Vida. "Avis sur l'évolution des pratiques d'assistance médicale à la procréation", *Journal International of Bioethics*, vol. 6, núm. 1, 1995.

*la Salud pública será castigado con un año de prisión y 100.000 FF de multa...” Y el establece que Art.226-28. “...1.El hecho de investigar la identificación de una persona por sus huellas genéticas con fines ni médicos ni científicos o que no sean resultado de diligencias de investigación o instrucción en el marco de un procedimiento judicial, se castigará con un año de prisión y 100.000 FF. de multa...”*

En procedimiento judicial el Art. 16-11 del Código Civil establece que “...1.- La identificación de una persona por sus huellas genéticas no podrá investigarse sino en el marco de diligencias de investigación o instrucción, dentro de un procedimiento judicial o con fines médicos o de investigación científica...” En materia civil, sólo podrá efectuarse esta identificación para cumplir un mandato del Juez competente en una acción tendente a aclarar una relación de filiación litigiosa, o para establecer o retirar pensiones, y deberá contarse con el previo y expreso consentimiento de la persona. Las únicas personas habilitadas para proceder a las identificaciones por huellas genéticas son quienes hayan sido autorizadas de acuerdo con las condiciones requeridas mediante Decreto del Consejo de Estado. Para efectuarlo dentro del marco de un procedimiento judicial, tales personas deberán además estar inscritas en la lista de peritos judiciales. El Decreto nº 97-109, del 6 de febrero de 1997, regula de modo detallado las condiciones requeridas con el fin de autorizar a las personas habilitadas para proceder a identificaciones por huellas genéticas, en el marco de procedimientos judiciales.<sup>56</sup>

Con toda minuciosidad se establecen los requisitos necesarios para proceder a ser perito judicial en esta materia<sup>57</sup>

---

56. Publicado en el Boletín Oficial de la República Francesa de 9 de Febrero de 1997.

57. Sección I. Comisión encargada de autorizar a las personas habilitadas para efectuar misiones de identificación por huellas genéticas en el curso de un procedimiento judicial. Art.1º. Se establece bajo la dependencia del Ministro de Justicia, una comisión encargada de autorizar a las personas habilitadas para efectuar misiones de identificación por huellas genéticas en el curso de un procedimiento judicial. Dicha Comisión estará presidida por un Magistrado del Tribunal de Casación, en ejercicio u honorario, designado por tres años por Decreto del Ministro de Justicia.

Estará formada por:

1º Seis miembros que participan en razón de sus funciones:

- a) el Director de Asuntos Civiles o su representante;
- b) el Director de Asuntos Criminales e Indultos, o su representante;
- c) el Director General de la Policía Nacional o su representante;
- d) el Director General de la Gendarmería Nacional o su representante;
- e) el Director General de Enseñanza superior o su representante.

2º. Cuatro miembros o sus suplentes, designados por tres años, en razón de sus competencias dentro del campo de la biología molecular, que serán:

- a) uno designado por el Ministro responsable de la Investigación;
- b) uno designado por el Ministro responsable de la Sanidad;

El art 3 establece que las personas habilitadas para proceder a identificaciones por huellas genéticas en el curso de un procedimiento judicial serán aquellas personas físicas o jurídicas que sean titulares, en las condiciones establecidas en la presente norma, de una autorización emitida, para un período de cinco años renovables, por la Comisión establecida por el art. 1º. La autorización prevista en el artículo 3 no podrá concederse sino a personas físicas o jurídicas inscritas en una de las listas establecidas en virtud del artículo 2 de la ley de 29 de junio de 1971 citada, referente a los peritos judiciales y al artículo 157 del Código de Procedimiento Penal.

Respecto de los laboratorios donde se efectúa la identificación de las personas por sus huellas genéticas, el otorgamiento de la autorización prevista en el artículo 3 dependerá de la designación, por la persona autorizada, del laboratorio en el que pretenda cumplir la misión que se le confíe sobre identificación por huellas genéticas.

Con la Ley 98-468 de 17 de junio de 1998<sup>58</sup> se introduce en el Código de Procedimiento Penal francés un Título relativo a la prevención y represión de las infracciones de carácter sexual así como a la protección de los menores. El artículo 706-54 del Código de procedimiento penal introducido por dicha ley establece:

Se crea un fichero nacional automatizado, destinado a centralizar los perfiles genéticos de las personas condenadas por las infracciones que se encuentran enumeradas en el art. 706-47. Este archivo se coloca bajo el control de un magistrado. La forma de aplicación del presente artículo y el tiempo de conservación de las informaciones registradas estarán determinadas por Decreto del Consejo de Estado además del informe de la Comisión Nacional de informática y las libertades.

Las huellas genéticas de las personas sobre las cuales existan indicios graves de tal naturaleza que motiven su análisis para la averiguación de la autoría de un delito comprendido en el art. 706-47 podrá ser cotejado a instancia de un Juez de Instrucción o de un Procurador de la República con los datos incluidos en el fichero. El legislador

---

c) uno designado por el Ministro de Defensa;

d) uno designado por el Ministro de Interior.

Los mandatos, tanto de los miembros designados como de sus suplentes, podrán ser renovados por una vez.

58 Ley 98-468 de 17 de junio de 1998 relativa a la prevención y la represión de las infracciones sexuales así como la protección de los menores, publicada en el Boletín Oficial de la República Francesa de 18 junio de 1998, pág. 9260.

francés prima la naturaleza de la infracción penal sobre la gravedad de la misma, si bien la mayoría de los supuestos previstos son graves. El art. 706-47 se refiere a los imputados por muerte o asesinato de un menor precedidos o acompañados de una violación, de torturas o de actos de barbarie o por una de las infracciones señaladas e los arts. 222-23 a 222-32 y 227-22 a 227-27 del Código Penal.

La naturaleza de estos delitos es el criterio unificador, si bien su distinta gravedad lleva a cuestionar su justificación conforme al principio de proporcionalidad.

Así el art. 222-23 es el tipo básico de violación con una pena de quince años de reclusión, los tipos agravados están sancionados con penas desde los veinte años de reclusión a la condena a perpetuidad. El tipo básico de agresiones sexuales distintas a la violación, previsto en el art. 227-27, conlleva la pena de prisión de cinco años el tipo agravado del art. 222-28 con una pena de prisión de siete años. La tentativa se sanciona con la misma pena que el delito consumado; el art 222-32 asigna al delito de exhibición sexual la pena de prisión de un año; los delitos de corrupción de menores previstos en los arts. 227-22 a 227-27 tienen señalada una sanción punitiva muy variable de dos a diez años de prisión, siendo en algunos casos frecuente el posible hallazgo posterior de vestigios conforme el propio iter criminis, mientras que en otros, como por ejemplo la captación de imágenes pornográficas o el exhibicionismo, es difícil que pueda resultar de utilidad el archivo salvo que se considere la posibilidad de que el autor vaya escalando en gravedad dentro de los delitos de la misma naturaleza.

En cuanto a las personas cuyo perfil puede ser incluido en el archivo del párrafo primero se deduce que se limitará a aquellos condenados por delitos de naturaleza sexual. Los inculpadados no podrán ser incluidos conforme se dispone expresamente en el último párrafo del art. 706-54 si bien se puede comparar sus huellas genéticas con las existentes en el fichero. Con el fin de desarrollar el art. 706-54, se publica la Circular de 14 de diciembre de 1998 relativa al archivo nacional de perfiles genéticos por infracciones sexuales. Tras enumerar expresamente los delitos de naturaleza sexual<sup>59</sup> se establecen los fines del archivo, algunos de ellos son conservar en tratamiento automatizado los perfiles genéticos de las personas condenadas por infracciones de naturaleza sexual a fin de poder en caso de sobrevenir un nuevo delito identificar al

---

59. Muerte o asesinato de un menor acompañado de violación, de torturas. Violación. Agresión sexual. Exhibicionismo. Corrupción de menores. Pornografía infantil. Captación de imágenes pornográficas a menores y difusión de las mismas. Atentados sexuales a menores.

autor a través de los vestigios que hayan quedado en el lugar de los hechos investigados; proceder a reagrupar los delitos que pudieran haber sido cometidos por una misma persona ya que se encontraron vestigios con el mismo perfil genético en cada uno de los lugares de cada delito.

De este modo podrían llegar a acumularse los procedimientos; y así, comparar la huella de una persona conocida implicada en un procedimiento concerniente a una infracción sexual con los perfiles que figuran en el archivo para verificar si dicha persona está implicada en algún otro procedimiento. El legislador no prevé que el perfil de un sospechoso pase a formar parte del archivo pero sí establece que el perfil de un sospechoso de un determinado delito sea comparable con los perfiles que constan en el archivo.

La circular establece que se requiere conforme establece el artículo 706-54 que existan indicios de culpabilidad en el sospechoso para proceder a su cotejo. Así, no se puede proceder a la identificación genética de un grupo de personas, por ejemplo la población masculina de un pueblo, para comparar con la base de datos de ADN pues no se puede establecer que existan serios indicios de culpabilidad contra ellos. Para permitir la configuración del fichero se tomarán muestras y se analizarán los perfiles de las personas perseguidas por delitos sexuales aún cuando no fuesen necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Si el sospechoso es ulteriormente absuelto o el procedimiento sobreesido no se introducirá el análisis en el archivo.

Los Magistrados deberán siempre requerir el informe de un experto de la lista que figura en el anexo que serán los únicos peritos habilitados para proceder al análisis de los perfiles genéticos conforme al decreto de 6 de febrero de 1997. Esta lista es susceptible de actualización conforme a las normas de dicho Decreto. Para la toma de la muestra si se trata de saliva podrá ser llevado a cabo por el personal especialista de la policía o de la gendarmería nacional. Si se procede a la toma de una muestra de sangre es necesaria la intervención de un médico.

Cabe el análisis de muestras no procedentes del cuerpo humano como podría ser cabellos encontrados en un peine o colillas de un cigarro a condición de que las circunstancias permitan asegurar que proceden de la persona de la cual se interesa la muestra. Esta posibilidad ha sido criticada por parte de la doctrina.<sup>60</sup> Se adjunta a la

---

60. ROBERT, M., "Le fichier national automatisé des empreintes génétiques". *Medicine & Droit* 34/99;



circular una serie de formularios de los requerimientos que hay que realizar a la persona a la que va a someterse a la práctica de la prueba y al experto encargado del análisis, así como la lista de los únicos peritos titulares de la habilitación necesaria para proceder a las identificaciones genéticas dentro de un procedimiento judicial asignándose a cada perito una zona geográfica determinada correspondiente a la jurisdicción por Tribunales de Apelación. Se discutió por la doctrina en Francia la posibilidad de llevar a cabo ficheros regionales sometidos a normas técnicas comunes o bien crear un archivo único a nivel nacional, optando el legislador por esta solución de un único archivo centralizado que funciona desde comienzos de 1999 y se encuentra en la sede la Policía Técnica y Científica de Ecully (Rhone) y, de hecho, bajo el control del Fiscal General de París.

Es de destacar en el caso francés, que ya desde el comienzo, en el año 1989, el Comité Consultor de Bioética Nacional, aconseja al gobierno que la utilización de ADN debía ser estrictamente utilizada por el Poder Judicial y realizado por laboratorios acreditados, en el año 1994, esta recomendación es aprobada por el Parlamento francés, creando así la primera legislación restrictiva en la Unión Europea. Comparada con el Reino Unido donde la existencia de restricciones es más bien tardía, se podría decir que Francia se muestra cuidadosa en la reglamentación de la utilización de la técnica que nos ocupa.

## 6.- OTROS PAISES EUROPEOS

Hay una serie de países que han incorporado la regulación sobre la materia, o que nos permitiría tener una idea sobre el estado de la cuestión y las diferentes opciones según los países que abordan esta legislación. Así en el año 1999 se incorporaron Finlandia y Noruega, en el año 2000, Dinamarca, Suiza, Suecia, Croacia, Hungría, y en el año 2002 Bélgica. Cada uno de ellos ha optado por variantes de los sistemas estudiados. En todos se ha establecido una base de datos de ADN disociada (Alemania es la única excepción a esta característica). Bélgica sólo admite condenados y vestigios, mientras que en el resto de los países admiten muestras procedentes de sospechosos variando la gravedad de los delitos para los que es posible la recogida y archivo de los análisis. En Croacia y Eslovenia es posible el archivo del resultado del



análisis cualquiera que sea el delito investigado; en Finlandia para delitos contra la libertad sexual que conlleven más de un año de prisión y en Dinamarca para el mismo tipo de delitos pero con un año y medio de prisión. Suiza optó por un catálogo de delitos graves, al igual que Hungría en que además de ser una enumeración cerrada, todos llevan aparejada una pena superior a cinco años de prisión. Bélgica exige una decisión judicial al igual que Noruega país en el que además esta decisión, sólo cabe en el caso de delitos graves. También son diferentes los tiempos de conservación de los datos y las muestras. Así por ejemplo en el caso de absolución de sospechosos, Finlandia, Austria y Hungría prevén su supresión inmediata. Suiza establece un tiempo de cinco años desde la absolución y Dinamarca de diez tras la absolución. Para los condenados, Dinamarca y Finlandia, no prevén su eliminación al igual que Noruega, estableciendo los demás distintos plazos y supuestos para su eliminación que oscila entre cinco y veinte años, o incluso como es el caso de Bélgica, cuando hayan transcurrido diez años desde el fallecimiento del condenado o treinta años desde la condena.

## 7. ESTADOS UNIDOS

### a) La Legislación:

Se promulga en 1995 *La Genetic Privacy and Non Discrimination Act* motivada por la gran cantidad de delitos contra la libertad sexual que se cometían anualmente en aquel país. Inicia dicha Ley la regulación de esta materia con un precepto específico (section 2: Findings and Purposes) donde se realizan importantes pronunciamientos acerca de la intimidad genética. Se recoge, como fundamento de cuanto se va desarrollar posteriormente, que la molécula de ADN contiene información acerca del probable futuro médico de una persona y que la información genética es exclusivamente privada, de manera que dicha información personal no podrá ser almacenada o revelada sin autorización de la persona afectada (section 2-1 y 3). A modo de principios se señala igualmente que el uso y la revelación indebida de la información genética pueden ocasionar significativos perjuicios al individuo, incluyendo la estigmatización y la discriminación en áreas como el empleo, educación, la salud o los seguros (section 2 a). Se remarca igualmente en el apartado 5 que el análisis del ADN de un individuo proporciona información, no sólo relativa a él, sino también acerca de los progenitores,

hermanos y descendientes del mismo, lo que afecta a la “privacy”, la privacidad familiar.

b) Consentimiento.

Que la circunstancia de que la información genética del individuo suponga una injerencia en su privacidad condiciona que con carácter general sea precisa la autorización de la persona portadora de la muestra de ADN para cualquier actividad relacionada con aquélla. Así la *section* 101 exige la autorización escrita del portador de ADN o de su representante si se trata de un menor, incapaz o fallecido, para proceder a la obtención de las muestras de ADN para su análisis; la *section* 103 requiere igualmente la autorización escrita para el almacenamiento de las muestras de ADN, haciendo constar en la autorización la identidad de las instalaciones en las que se procederá a almacenar dichas muestras.

Obtenida la muestra de ADN, practicado el análisis genético sobre el mismo y almacenadas las muestras de ADN, la información genética privada resultante no puede ser desvelada salvo, también en este caso, la autorización escrita del afectado (*sections* 111 y 112). Las garantías y derechos hasta ahora señalados acerca de la intimidad genética son objeto de importantes restricciones en determinados supuestos entre los que cabe incluir la investigación de los hechos punibles.

La Ley enumera las excepciones en la materia del consentimiento y en tres secciones diferentes comprende como salvedades:

Section 121 la identificación de cadáveres ;

Section 122 la identificación que tiene por objeto la aplicación de la ley penal (law enforcement)

Section 123 la obtención y análisis de muestras de ADN ordenadas por los Tribunales.

La excepción prevista en la *section* 122 dispone que nada de lo previsto en esta Ley ha de ser interpretado en el sentido de una prohibición a las autoridades locales, estatales o federales de aplicación de la Ley penal para proceder a la obtención, almacenamiento o análisis de las muestras de ADN. Para que el régimen jurídico general señalado más arriba no se extienda al supuesto que analizamos (law

enforcement), la *section* 122 requiere el cumplimiento los siguientes presupuestos:

a) que la obtención, almacenamiento y análisis de las muestras de ADN esté autorizada conforme a una ley federal o estatal (principio de legalidad);

b) que la obtención, almacenamiento y análisis de dichas muestras esté limitado al objeto de contrastar (matching) muestras de ADN en las investigaciones criminales;

c) que el acceso a las muestras de ADN esté limitado a las agencias autorizadas para la aplicación de la ley penal, a las acusaciones, a la defensa técnica, a los acusados y sospechosos y a sus agentes autorizados.

Junto a las excepciones señaladas, que dejan sin efecto el presupuesto de la autorización del afectado para la obtención, almacenamiento y análisis de las muestras de ADN, posibilita la *Genetic Privacy Act* eludir igualmente la autorización previa del afectado para revelar la información genética en manos de otra persona o entidad en determinados supuestos. Cualquier persona que por motivos profesionales o comerciales disponga de la información genética de otro no podrá ponerla al descubierto ni cederla a terceros salvo que concurra la autorización escrita del afectado (section 111).

Quien se encuentre en posesión de la información genética relativa a otra persona puede, no obstante, ser compelido a desvelarla en determinados supuestos. Entre los motivos que legitiman la revelación coactiva de la información genética en poder de un tercero destacan precisamente:

a) que el proveedor de la muestra o su representante sea parte en el procedimiento y la información genética sea controvertida (section 115 a-2).

b) y, según que dicha información sea útil en un procedimiento o investigación penal en el que la persona poseedor de la información sea parte u objeto de la controversia (section 115 a-3).

c) Extensión:

Dentro de los apartados que contienen una mención acerca del ámbito o extensión con que son admisibles los análisis de ADN en el marco de la investigación penal destaca en primer término el empleo por la Ley de conceptos tan distintos y de tan diverso contenido como “información genética privada” (private genetic information) o

"DNA typing". El primero de los términos tiene un significado amplio que comprende según el texto de la Ley "cualquier información acerca de un individuo identificable derivada de la presencia, ausencia, alteración o mutación de un gen o genes, o de la presencia o ausencia de uno o varios marcadores específicos de ADN".

Como puede comprobarse, la amplitud de esta expresión impide que podamos mantener con éxito que los análisis de ADN se hayan de limitar al ámbito no codificante. No obstante, de la lectura de otros preceptos, y muy especialmente de los que contienen las excepciones motivadas en la investigación penal, puede defenderse que con ocasión de las investigaciones penales el espíritu del legislador sigue siendo mantener el análisis de ADN en el ámbito más estricto, que menor perjuicio pueda ocasionar al afectado.

De este modo la *section* 122 al enumerar las actuaciones que al objeto de facilitar la identificación pueden practicarse en el marco de una investigación penal sin autorización del afectado señala la obtención de muestras de ADN (collecting), el almacenamiento de muestras (storing) y el "typing" de las mismas, expresión esta última que puede traducirse como "análisis" pero que tiene un significado más restrictivo. En efecto, la Ley entiende por "*DNA typing*" "un método científicamente realizable para caracterizar y comparar secuencias de ADN, y aplicar un análisis estadístico de la frecuencia poblacional para determinar si las secuencias de ADN coinciden y la posibilidad de que la coincidencia ocurra por casualidad". No cabe duda de que la expresión "*DNA typing*" se refiere por tanto al método de obtención de la huella genética, pero idénticas conclusiones pueden deducirse del empleo de otros términos que contienen la expresión del principio de proporcionalidad, esto es, que el análisis no exceda más allá de lo absolutamente imprescindible.

Así de entre los presupuestos a que se subordina la legitimidad de la excepción de la *section* 122 cabe destacar con la letra (b) que la obtención, almacenamiento y análisis (typing) de las muestras de ADN esté limitada al objeto de contrastar (matching) muestras de ADN en investigaciones penales. Igualmente el precepto contiguo relativo a las excepciones en otros procedimientos civiles o análogos (*section* 123) dispone que la orden por la que se autoriza la obtención y análisis de ADN ha de especificar que el análisis genético (en este caso sí emplea literalmente esta expresión) se limite a lo que sea necesario para satisfacer el objetivo de la orden.

Por otra parte, la orden judicial por la que se compele al tercero poseedor de información genética a que la desvele en ciertos supuestos, debe limitar la revelación a aquellas partes de la anotación o inscripción que contenga la información esencial para satisfacer el objetivo de la orden.

Numerosos términos empleados en los preceptos mencionados (matching, typing, essential, necessary, etc.) remiten inevitablemente al subprincipio de necesidad como manifestación del principio de proporcionalidad. Es decir, si caben otras alternativas a la injerencia en la intimidad genética del individuo menos lesivas o restrictivas para el mismo, se puede concluir que tendrán estas últimas preferencia.

#### d) CODIS<sup>61</sup>. Organización de la base de datos

Partiendo de la realidad antes apuntada sobre la alta reincidencia de los delitos para los que se requería y utilizaba la prueba de ADN, se planteó la necesidad de creación de la base de datos a tales efectos.

El Technical Working Group on DNA Analysis Methods, TWGDAM, (hoy SWGDAM) proponía, ya en el año 1989, aprovechar las posibilidades de la tecnología ADN y las que otorga el desarrollo de la informática para la creación de bancos de datos que favorezcan el mejor funcionamiento de la Administración de Justicia en EE.UU. Se establecían por sus partidarios dos ventajas:

a) Por un lado la identificación del agresor, incluso en aquellos casos que antes quedaban sin resolver por no existir un claro sospechoso.

b) Se facilita la supervisión de la vuelta "condicional" a la comunidad, así como su integración definitiva en ella con ciertas garantías.

En EE.UU., existen unos 234.000 delincuentes sexuales bajo control, cuidado o tutela de las agencias gubernamentales y, la duración media de sus condenas no es muy elevada (de 3 a 5 años)<sup>62</sup>. El FBI creó y desarrolló el denominado *Combined DNA Index System* (Codis), o banco nacional estadounidense de perfiles de ADN. El CODIS empezó como un proyecto piloto en 1990 al servicio de catorce laboratorios de ADN

---

61. Combined DNA Index System ( Public Law 106-546).

62. SWGDAM. "Guidelines for a quality assurance program". Crime Ladb Digest 22, 1995; págs. 21 y ss

estatales y locales. En diciembre de 1997 ya tenían instalado el sistema ochenta laboratorios de treinta y seis Estados.

Los dos objetivos que se plantearon como más importantes del CODIS son:

- a) Otorgar asistencia a los investigadores en la identificación de sospechosos.
- b) Incrementar la eficacia de los laboratorios forenses al facilitarles apoyo para la resolución de casos forenses, incluyendo la realización de cálculos estadísticos.

El CODIS es una base de datos jerarquizada que contiene fichas de casos de identificación forense en los que se ha utilizado tecnología ADN. En cada ficha sólo queda registrada una parte limitada de la información concerniente al caso, es decir, exclusivamente aquella que permita la búsqueda de un perfil genético de ADN coincidente. La palabra "índice" en el sistema de índices de ADN combinado no es arbitraria. CODIS es un sistema de indicadores; la base de datos sólo contiene la información necesaria para hacer las identificaciones. Los perfiles archivados incluyen un indicador del individuo, el indicador del laboratorio responsable, identidad del personal del laboratorio encargado del perfil de ADN y las características del ADN. El CODIS no contiene información sobre historiales delictivos, ni información de casos ni números de seguro médico.

Cuando se lleva a cabo una potencial identificación, los laboratorios responsables del perfil identificado contactan entre ellos para convalidar o rechazar la identificación. Confirmada una identificación por los peritos, los laboratorios podrán intercambiar otra información adicional.

El sistema CODIS del laboratorio del FBI ( que es el utilizado en España) esta integrado en una red informática en la que participan laboratorios forenses locales, estatales y federales. Todos ellos pueden comparar perfiles de ADN e intercambiar información con el fin de establecer conexiones entre distintos hechos criminales, aunque sean cometidos en distintos lugares y en distinto tiempo, y a veces tratándose de crímenes en serie. En definitiva, permite la identificación de potenciales sospechosos por medio de la comparación del patrón genético de individuos con antecedentes penales, con el perfil de ADN de las muestras biológicas recogidas en el lugar de los hechos.

Los registros de ADN que se almacenan se obtienen de distintas fuentes:

- Individuos declarados culpables de determinados delitos y que, según las leyes de cada Estado norteamericano, puedan ser incluidos en CODIS.

- Víctimas. Es decir personas, vivas o muertas, que hayan sido sujetos pasivos de un acto criminal. El sujeto que perpetró el crimen pudo arrastrar consigo alguna muestra biológica o vestigio de la víctima como consecuencia del contacto entre ellos durante la comisión de éste.

- Personas desaparecidas y sus parientes más próximos, obviamente la relación de parentesco debe ser biológica.

Los registros de ADN de estos individuos pueden ser almacenados en varios archivos de CODIS tal y como aparece dispuesto en la section 121 y 122:

- Índice de delincuentes. Contiene registros de ADN de individuos condenados por determinados crímenes. Se utiliza para abrir líneas de investigación en casos de personas desaparecidas y para averiguar si existen perfiles duplicados (crímenes en serie).

- Índice de víctimas. Este índice puede ser usado para la investigación de perfiles de ADN encontrados en los sospechosos, pero ajenos a ellos. Contiene patrones de ADN de víctimas vivas o muertas.

- Índice forense. Contiene registros de ADN no atribuibles a ningún individuo conocido y que se obtuvieron a partir del estudio de individuos o vestigios recogidos en el curso de una investigación criminal. Este archivo contiene perfiles de casos sin un sospechoso.

- Índice de personas no identificadas. Contiene ADN de individuos cuya identidad no se conoce con certeza y que dejaron restos de ADN en la escena del crimen.

- Índice de personas desaparecidas. Contiene registros de individuos que han sido declarados desaparecidos.

- Índice de familiares. Contiene registros de ADN de personas emparentadas biológicamente con individuos desaparecidos. Este índice, junto con el anterior, también sirve para auxiliar en la identificación de cualquier sujeto no identificado.

- Archivo de población. Contiene datos de tipos de ADN y de frecuencias alélicas de personas anónimas, que en conjunto son los grupos poblacionales más representativos de los EE.UU. Estos datos son utilizados para las estimaciones

estadísticas de las frecuencias de los perfiles de ADN.

El CODIS se ha incorporado como un banco de datos distribuido en tres niveles, local estatal y federal. Un sistema local de archivos de ADN, Local DNA Index System, (LDIS) se instala en todos los laboratorios forenses que trabajan para departamentos de policía, oficinas del sheriff o bien agencias estatales. Todos los datos de ADN que se generan en niveles locales son transmitidos a niveles estatales y nacionales. Cada Estado que participa en el programa CODIS tiene un único sistema estatal de archivos de ADN (SDIS) que permite el intercambio y la comparación de perfiles entre un mismo estado. SDIS también une los niveles local y nacional, y es controlado por una agencia responsable del mantenimiento del programa del Estado.

e) Control de calidad:

El National DNA Index System (NDIS) o sistema nacional de archivos de ADN es administrado por el FBI y centraliza todos los registros de ADN remitidos por los Estados participantes. Habitualmente, los laboratorios participantes se comunican por la red telefónica, pero utilizando unidades de seguridad (STU III) y módems para datos en lenguaje críptico.

La legislación norteamericana (DNA Identification Act of 1994, contenida en el *Omnibus Crime Control Act, The Violent Crime Control and Law Enforcement of 1994, Public Law 103-322, 108 stat.1796*) autoriza expresamente al FBI a establecer un registro de este tipo con fines judiciales. De la misma manera autoriza al director de FBI a establecer los estándares y los requisitos mínimos de calidad que deben cumplir lo laboratorios que pretendan llevar a cabo análisis de Genética forense.

Además, de acuerdo con este Acta, sólo aquella información que se adapte a determinados criterios puede ser incluida en el archivo nacional. Estos criterios son:

- Análisis realizados por o en representación de una agencia al servicio de la Administración de Justicia, que cumpla con los requisitos y estándares de calidad establecidos por el director del FBI (o recomendaciones de la TWGDAM hasta que esos estándares sean establecidos por el Director del FBI).
- Análisis realizados por laboratorios y analistas que superen pruebas de eficiencia cada 180 días.



- Por otro lado los datos archivados por las agencias judiciales de tipo local, estatal o federal sólo podrán ser utilizados:

- Con el propósito de servir al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

- En los procesos judiciales en los que sea admisible.

- Para la actuación del abogado de la defensa, quien tiene derecho a acceder a la muestras y al análisis realizado en conexión con el hecho delictivo del que es acusado su defendido.

- Para obtener información estadística de la población general con fines de investigación científica y para el desarrollo de protocolos, o para la realización de controles de calidad. Ahora bien, el anonimato de los componentes del grupo de población estudiado debe quedar garantizado y cualquier elemento identificativo debe ser eliminado previamente.

Los laboratorios que participan en el NDIS y/o que reciben apoyo económico a través de fondos federales han de certificar que se ajustan a todo lo exigido. Una gran variedad de estándares se han establecido para garantizar que tan sólo perfiles fiables y compatibles se contengan en los archivos NDIS. Estos incluyen estándares de calidad para la realización de análisis de ADN. Aunque en principio cualquier marcador genético puede ser incluido en LDIS, SDIS y NDIS, se requiere un grupo de loci específico de marcadores para cada perfil de ADN (sobre todos aquellos incluidos en el Registro de delincuentes) que se quiera introducir en el sistema nacional.

Las recomendaciones de la TWGDAM (*Guidelines for a quality assurance program for DNA analysis*) son las que se admiten y se siguen para llevar a cabo los programas de calidad.

f) Aspectos técnicos. Importancia de la elección de marcadores:

El método elegido que permite al forense caracterizar cualquier indicio biológico elegido por EE.UU es la amplificación de loci genéticos específicos por medio de la reacción en cadena de la polimerasa PCR y su tipificación subsiguiente. En EE.UU. se ha abordado de un modo pragmático los marcadores a aplicar en los análisis, materia que tiene especial trascendencia, como consta en el capítulo anterior a la hora de poder

comparar análisis de los distintos laboratorios y de un posible intercambio internacional.

Los marcadores polimórficos de elección para su estudio por PCR son los denominados microsátélites o STR. Como ya se ha expuesto, estos marcadores están compuestos de secuencias repetidas en tandem, son altamente informativos y pueden resultar extraordinariamente efectivos a la hora de individualizar una muestra forense si se amplifican varios de ellos simultáneamente en un PCR multiplex.

El laboratorio del FBI patrocinó una iniciativa encaminada a determinar el grupo de loci STR que se debía utilizar para el registro nacional de perfiles de ADN. En abril de 1996 se celebró una reunión con el fin de planificar y organizar una estrategia de validación del uso de un grupo de loci STR en Criminalística Biológica. Los objetivos que podían ya anticiparse eran:

- a) testar, evaluar y/o optimizar la PCR y las condiciones de tipificación para los kits comerciales disponibles en el mercado que contienen loci STR candidatos;
- b) evaluar los protocolos para uso por todos los laboratorios una vez que las condiciones de tipificación deseadas se han establecido;
- c) crear bancos de datos de frecuencias de las poblaciones más importantes, y
- d) evaluar el efecto de las condiciones ambientales adversas en el análisis de dichos marcadores en la rutina forense<sup>63</sup>.

Los laboratorios que participaron en esta iniciativa fueron: FBI, Policía Montada del Canadá, Instituto de Patología de las Fuerzas Armadas, Departamento de Ciencias Forenses de Alabama, Departamento de Justicia de Florida, Policía del Estado de Illinois, Instituto de Miami para la investigación Infantil, Policía del Estado de Michigan, Oficina de Investigación Criminal de Minnesota, Instituto Nacional de Estandáres y Tecnología, Oficina del Chief Medical Examiner de la Ciudad de Nueva York, Oficina de Investigación Criminal de Minnesota, Instituto Nacional de Estandáres y Tecnología, Oficina del Estado de Carolina del Norte, Laboratorio de Investigación Criminal del Condado de Suffolk, Centro de Ciencias de la Salud de la Universidad del Norte de Tejas, División de Ciencias Forenses de Virginia y Departamento de Salud Pública de la Universidad de Arizona.

En la reunión celebrada entre el 13 y 14 de noviembre de 1997 se acordaba

---

<sup>63</sup> Los STR que se evaluaron fueron: CSF1PO, F13A01, F13B, FES/FPS, FGA, THO1, LPL, TP0X, VWA, D3S1358, D58818, D7S820, D8S1179, D13S317, D16S359, D18S51 Y D21S11.

finalmente el grupo de marcadores STR que debían utilizarse para el sistema nacional.

Se eligieron un total de 13 sistemas genéticos: CSF120, FGA, TH01, TP0X, VWA, D3S1358, D58818, D7S820, D8S1179, D13S317, D16S359, D18S51 y D21S11. Todos los laboratorios participantes en dicha reunión se comprometieron, además, a intentar la tipificación de esos 13 sistemas genéticos cuando analizaran casuística forense. Sin embargo, entre los participantes en el proyecto de STR había diferencias iniciales de criterio en lo concerniente a la manera en la que los 13 loci serían analizados en muestras de delincuentes. Se debatieron dos estrategias diferentes:

- Tipificar todos y cada uno de los 13 STR en cada una de las muestras de delincuentes antes de ser remitidas al NDIS.

- Tipificar un grupo de STR inicialmente, enviar los resultados para ese grupo al NDIS y dejar el resto de los STR para resolver determinados casos.

Algunos de los factores que se tuvieron en cuenta a la hora de establecer la aproximación más idónea fueron: coste económico y ahorro de tiempo, laboriosidad, fuentes posibles de error, potencial individualizador, capacidad para resolver casos de mezclas, potencial como línea de investigación policial, posibilidad de evitar que una casa comercial particular se configure como beneficiaria al utilizar un determinado equipo de estudio de STR, qué loci utilizar inicialmente, tamaño del banco de datos y crecimiento de éste. Las ventajas de la tipificación de las muestras de delincuentes por todos y cada uno de los 13 loci STR fueron: incremento del poder de discriminación (incluso o en muestras degradadas), menos problemas de asignaciones provisionales de patrones genéticos, mejores resultados en el control de calidad, presupuesto económico más claramente definido, respuesta más rápida a las necesidades policiales, menos documentación, favorecer la compatibilidad y el intercambio de registros en todo el país, inversión posterior mínima, mensaje claro y definido a los laboratorios comerciales y datos suficientes como para obviar las diferencias que puedan surgir como consecuencia del uso de “primers” de diversas casas comerciales.

Así el consumo de muestra no preocupa tanto debido a que no hace falta un análisis subsiguiente. Los factores que se consideraban a priori como no favorables fueron los siguientes: inicialmente, el coste económico, la inversión en tiempo y la laboriosidad son superiores, un menor número de laboratorios pueden participar en un primer momento y es también inferior el número de muestras posibles de tipificar y la

no disponibilidad de los 13 loci STR en un kit comercial.

Los pros y los contras de la tipificación de un grupo más reducido de STR son los opuestos a los que se derivan de la tipificación del conjunto de los trece loci. Sin embargo, es necesario considerar algunos factores adicionales en relación con el uso de un grupo menos numeroso de STR y, entre ellos, la disponibilidad de "kits" en el mercado. En EE.UU. las casas que comercializan los kits de STR más utilizados son: Promega Corporation, Madison, Wisconsin, y Perkin Elmer, Foster City, California. Los STR que ofertan en común las dos casas son: CSF1PO, THO1, TP0X, VWA, D5S818, DFS820 Y D13S317. Obviamente, si se seleccionan estos siete loci como los constituyentes del grupo inicial de trabajo, se obtiene la ventaja de la compatibilidad entre varios laboratorios que favorece que en un plazo corto de tiempo se puedan incluir los perfiles de ADN en NDIS. Sin embargo al seleccionar estos siete loci se podría estar obstaculizando el uso de loci STR más apropiados científicamente, más discriminativos y adecuados para las tareas de identificación.

Tras discusión y evaluación, se decidió que para enviar los registros de ADN a NDIS se deberían tipificar las muestras de delincuentes por medio de los 13 loci. En niveles inferiores al nacional, como los correspondientes a laboratorios locales y estatales, se podría elegir la tipificación de cualquier grupo de marcadores de entre esos trece<sup>64</sup>.

En alguna medida y como ocurrió en Reino Unido si bien inicialmente el CODIS estuvo orientado a los delincuentes sexuales, ha acabado ampliándose, hasta el punto de llegar a incluir a cualquier persona que delinca. En el año 2000, la DNA Backlog Elimination Act ( Public Law) previó la recogida y análisis de muestras de AN en el caso de ciertos delincuentes violentos y delincuentes sexuales. Se ordena tomar muestras a todos los individuos en prisión por ciertos delitos violentos o por delitos sexuales así como los que se encontraban en libertad condicional.

Hay un registro que ha causado polémica y que fue objeto de dos fallos de la Suprema Corte, es el que se crea referido a la Ley Megan, luego de la brutal violación de la niña Megan Kanka, la ciudadanía reclama que se de a conocer los antecedentes de

---

64. Budowle, B., Moretti, T. R., "CODIS y marcadores polimórficos de tipo STR. Dos instrumentos al servicio de la ley". La prueba del ADN en Medicina Forense (dir. Martinez Jarreta, B, ) ed. Masson, Barcelona, 1999, págs. 227 y ss.

los ofensores sexuales. Quedando luego plasmado en la Megan's Law que es la ley que impone la notificación e identificación pública de los sujetos condenados por los delitos sexuales. Así la peligrosidad del delito cometido es el criterio para la publicidad o no de los datos obrantes en los registros. A esta Ley se le han efectuado numerosas objeciones constitucionales, logrando resistirlos.

Otro paso se produjo en esta materia con la Justice for All Act (2004) que extiende la elaboración de base de datos de ADN a toda clase de delitos.

Vemos como de algún modo este país se enmarca dentro de la línea de los países más duros en término a las restricciones a derechos.

## 8) ARGENTINA.

### a) Ley sobre el Banco Nacional de Datos Genéticos

La Ley de 1 de junio de 1987, sobre el Banco Nacional de Datos Genéticos es la regulación específica más antigua sobre la materia. Razones históricas por todos conocidas, es decir la desaparición de personas durante la dictadura militar, conllevaron esta temprana regulación que atañe únicamente a la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación creando así el Banco Nacional de Datos Genéticos. El BNDG funcionará en el Servicio de Inmunología del Hospital "Carlos A. Durand" bajo la responsabilidad y dirección técnicas del jefe de dicha unidad y prestará sus servicios en forma gratuita. (art. 1).

Las funciones del BNDG serán:

- i.- Organizar, poner en funcionamiento y custodiar un archivo de datos genéticos con el fin establecido en el artículo 1.
- ii.- Producir informes y dictámenes técnicos y realizar pericias genéticas a requerimiento judicial;
- iii.- Realizar y promover estudios e investigaciones relativas a su objeto(art. 2).

Las bases de datos se configuran con los datos registrados hasta la fecha de entrada en vigor de la ley en la Unidad de Inmunología del Hospital "Carlos A. Durand", así como los datos de los familiares de los niños desaparecidos o nacidos en

cautiverio.

La muestra de sangre deberá extraerse en presencia del Cónsul Argentino quien certificará la identidad de quienes se sometan al análisis. Los resultados debidamente certificados por el Consulado Argentino, son remitidos al BNDG para su registro. (art. 3 y 5). La acreditación de identidad de las personas que se sometan a las pruebas biológicas consistirá en la documentación personal y además en la toma de impresiones digitales y de fotografías, las que serán agregadas al respectivo archivo del BNDG (art. 5).

Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese razonable se practicará el examen genético que será valorado por el Juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia, la negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente (art. 4).

Los registros y asientos del BNDG se conservarán de modo inviolable y en tales condiciones harán plena fe de su constancia (art. 8). Toda alteración en los registros o informes se sancionarán con las penas previstas para el delito de falsificación de instrumentos públicos y hará responsable al autor y a quien lo refrende o autorice.

Estando en funcionamiento la base de datos de ADN con fines de filiación existe un intenso debate sobre la posibilidad de creación y aplicación de un archivo similar con fines de investigación penal.<sup>65</sup>

b) La Ley 26 549 y su artículo 218 bis reformado.

El 28 de noviembre de 2009 se publica la LEY 26 549 que reforma el Código Procesal Penal sobre Extracción compulsiva muestras biológicas, incorporando el artículo 218 bis a dicho Código. Cuya redacción es la siguiente : “... *Art. 218 bis.- Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN). El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN), del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto fundado*

---

65. SILVAR, T., MIOZZO, C., "Presentación de un caso de violación múltiple. ¿Es necesario un banco de datos de perfiles genéticos?", comunicación oral presentada en las IV Jornadas de Genética Forense celebradas en La Gomera, junio 1999..

*donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.*

Admite el precepto estudiado mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, debiendo practicar la misma “...del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor...”. En cuanto a las medidas coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

Si el juez lo estimare conveniente, y siempre que sea posible alcanzar igual certeza con el resultado de la medida, podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN) por medios distintos a la inspección corporal, como el secuestro de objetos que contengan células ya desprendidas del cuerpo, para lo cual podrán ordenarse medidas como el registro domiciliario o la requisa personal.

Asimismo, cuando en un delito de acción pública se deba obtener ácido desoxirribonucleico (ADN) de la presunta víctima del delito, la medida ordenada se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que tiene. A tal efecto, si la víctima se opusiera a la realización de las medidas indicadas en el segundo párrafo, el juez procederá del modo indicado en el cuarto párrafo...”Establece por último que “...En ningún caso regirán las prohibiciones del artículo 242 y la facultad de abstención del artículo 243..”

La modificación de la presente ley incorporó al ordenamiento jurídico argentino una nueva y peculiar medida de prueba, relacionada con la obtención de ADN, facilitado desde ya por los avances de la investigación científica. Esto sin duda, sacude el orden jurídico y político prevaleciente. A nivel general, la temática planteada en el artículo 218 bis nos obliga a reflexionar sobre diferentes cuestiones; los límites de los derechos fundamentales relacionados con la identidad, la privacidad y la intimidad, como delimitar lo privado y lo público, los derechos individuales y los comunitarios.

Pero, a nivel particular, la indagación sobre dicho artículo demanda pensar sobre problemas políticos contemporáneos de especial significancia. En un contexto público



de postdictadura, marcado por el crimen de la “desaparición” de personas y sus terribles consecuencias que son una herida abierta para la Nación argentina provoca que cualquier avance sobre el ADN como medida de prueba sea, además de un gran aporte a la comunidad científica y a la Justicia en general, posea un gran valor emotivo y relevancia en la historia e identidad nacional. Debemos tener en cuenta que, este nuevo permiso de intervención estatal es capaz de establecer con la simple extracción de sangre de una persona (o de otra sustancia o material biológico como cabellos, saliva, etc.) que quienes lo criaron, lo educaron y formaron como persona, no son sus verdaderos padres, que su identidad no es la que tuvo o gozó hasta ese momento.<sup>66</sup>

c) El caso “Vázquez Ferrá”<sup>67</sup> un antecedente directo en el origen de la legislación sobre ADN en Argentina.

En el Año 1999, Inocencia Luca Pegoraro realiza una querrela contra Policarpo Luis Vázquez y Ana María Ferrá por la presunta comisión de los delitos previstos en los artículos 139,inc.2, 146, 292 y 293 del Código Penal. Debido a la sustracción de su nieta, es decir de la hija de Susana Beatriz Pegoraro, luego de que ésta hubiera sido secuestrada por agentes del estado el 18 de junio de 1977, embarazada de 5 meses y medio, y diera a luz en un centro clandestino de detención ubicado en la Escuela Mecánica de la Armada (ESMA). Además, sostuvo que su nieta había sido inscrita en el registro Civil como Evelin Karina Vázquez Ferrá.

Al brindar su descargo, ambos imputados confesaron que Evelin Karina no era su hija, pero negaron conocer su origen. Por lo anterior, la jueza a cargo de la investigación ordenó la obtención de una muestra hemática de Evelin a los fines de determinar su identidad por medio de un análisis de ADN en el Banco Nacional de Datos Genéticos. Sin embargo Evelin se opuso a dicha medida y, concretamente, que de

---

66. BONGIOVANNI SERVERA, J.G.. *La Prueba de ADN en el Proceso Penal. Análisis del artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación y su discusión parlamentaria*. Editores del Puerto S.R.L, CABA, Argentina, 2012, Págs. 1-3.

67. La descripción del trámite judicial que se cita fue extraída de la reseña efectuada en el Acuerdo de Solución Amistosa, celebrado el 11 de septiembre de 2009 entre el gobierno de la República Argentina y la Asociación de las Abuelas de Plaza de Mayo, en la petición N° P-242-03 del registro de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH), que forma parte integrante del decreto PE 1800/2009. En BONGIOVANNI SERVERA, J.G.. *La Prueba de ADN en el Proceso Penal. Análisis del artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación y su discusión parlamentaria*. Editores del Puerto S.R.L, CABA, Argentina, 2012, Págs. 4-9.



ella se obtuviera prueba de cargo contra Vázquez y Ferrá, llegando el caso a estudio de la Corte Suprema de la Nación.

En su sentencia, la Corte invocó el carácter “complementario” de la medida de prueba cuestionada, dado que Vázquez y Ferrá ya habrían confesado el delito. Asimismo los jueces realizaron una interpretación analógica de las normas procesales que prohíben a los hijos declarar en perjuicio de sus padres y que establecen la no punibilidad del encubrimiento a una persona sospechada de un delito con la cual el “encubridor” tiene lazos afectivos estrechos (arts.278 y 279, Código de Procedimientos en Materia Penal, y art.279, inc. 3 CP). Abordando a la conclusión que de producirse la medida podría verse afectado el derecho a la intimidad de Evelin (art.19, CN). Con estos fundamentos, la resolución solicitó que se determinara la identidad de la víctima contra su voluntad, al menos, a través de la una extracción de sangre no consentida.

La sentencia de la CS de la Nación provocó una gran conmoción. La pertenencia de la querellante a la Asociación de Abuelas de Plaza de Mayo permitió que por su intermedio se presentara una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, refiriendo que dicha resolución acarrearía responsabilidad para el Estado argentino por la violación de los artículos 5, 8,17 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Concretamente, la sentencia de la Corte Suprema implicaba un obstáculo insalvable para la investigación de los delitos cometidos en la República Argentina con motivo de la desaparición de menores, cuyo objetivo es la develar su verdadera identidad y el restablecimiento, de ser posible, de los lazos afectados.

El 14 de julio de 2007 intervino en el caso la Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, quien ordenó proseguir con la investigación a fin de indagar “sobre la responsabilidad penal de aquellos sujetos que habrían actuado en el centro clandestino de detención que operó en la Escuela de Mecánica de la Armada respecto a los días previos y posteriores al nacimiento en cautiverio de la hija de Susana Pegoraro” y marcó la necesidad de buscar medios probatorios alternativos a los estudios de histocompatibilidad con la finalidad de determinar “el destino final que pudo tener la hija de Susana Pegoraro”. En función de ello, la jueza a cargo de la investigación ordenó que se registrara el domicilio de Evelin Karina, con el objeto de recabar algunos de sus objetos de uso personal y obtener de aquello, material genético. Dicha diligencia se practicó el 12 de febrero de 2008, remitiéndose luego los objetos recabados al Banco

Nacional de Datos Genéticos, donde se encuentra el ADN correspondiente a familiares de algunas de las personas que desaparecieron durante el gobierno de facto vigente desde marzo de 1976 a diciembre de 1983. El 22 de abril de 2008 el Banco Nacional de datos Genéticos informó a la jueza que “los Sres. Bauer, Rubén Santiago (padre alegado desaparecido) y Pegoraro, Susana Beatriz (madre alegada desaparecida) tienen una probabilidad del 99,99993% de haber sido los padres biológicos” de quien hubiera utilizado un cepillo de dientes secuestrado en el registro del domicilio mencionado.

El 13 de julio de 2008 la jueza declaró la nulidad de la inscripción del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Capital Federal del nacimiento de Evelin como hija de Policarpo Vázquez y Ana María Ferrá, y ordeno se la inscriba con el nombre de Evelin Karina Bauer Pegoraro, hija de Susana Beatriz Pegoraro y Rubén Santiago Bauer, nacida el 29 de octubre de 1977. Dicha medida no fue cuestionada por Evelin.

También se indagó y procesó a Jorge Luis Magnacco, quién habría sido el médico que atendió el parto de Evelin y participó luego de su sustracción.

Paralelamente al avance de este proceso judicial, tuvieron lugar una serie de conversaciones entre la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo y el Estado argentino, con la finalidad de lograr un acuerdo que llevara a la Asociación de desistir de la acusación y evitar todo riesgo de declaración de responsabilidad internacional para el Estado argentino en materia de violación de los derechos humanos. En este el contexto, el país aceptó la veracidad de los hechos y se comprometió a adoptar medidas eficaces tendientes a contribuir en la obtención de justicia, en aquellos casos en los que sea necesaria la identificación de personas mediante métodos científicos que requieran la obtención de muestras biológicas para su realización.

El Poder Ejecutivo Nacional se comprometió a enviar al Congreso de la Nación un proyecto de ley que establezca un procedimiento adecuado de obtención de muestras de ADN, que resguarde los derechos de los involucrados y resulte eficaz para la investigación y juzgamiento de la apropiación de niños originada durante la dictadura militar. Dicho proyecto ingresó a la Cámara de diputados de la Nación en el año 2009, y se convirtió en la ley N° 26.549 que incorporó el artículo 218 bis al Código Procesal Penal de la Nación, regulatorio de las medidas de extracción de ADN en la investigación penal.

Jurisprudencialmente nos interesa comentar otro fallo que de algún modo resume la evolución que ha tenido en este país el tema objeto de nuestro análisis:

¿Compulsividad física o allanamiento domiciliario para la obtención de muestras de ADN? Proyección de la doctrina constitucional penal de la Corte Suprema en el régimen filiatorio.

d) Jurisprudencia y artículo 218 bis del CPP Nación<sup>68</sup>

Como mencionamos en el apartado anterior, el caso Vázquez Ferrá es un antecedente directo del artículo 218 *bis* del CPP Nación. No obstante, existen resoluciones de la Corte Suprema que también influyeron o incluso determinaron alguno de los elementos que contiene la norma examinada.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se enfrentó con la necesidad de resolver la tensión constitucional entre el derecho a la verdad y la libertad de intimidad ligada a la determinación del vínculo biológico de los hijos de desaparecidos durante la última dictadura militar. Sólo que en esta oportunidad la cuestión presentó aristas propias, al considerarse la constitucionalidad de la obtención de muestras de ADN para realizar una prueba de compatibilidad genética a partir del allanamiento del domicilio de la víctima del delito de sustracción de menores, con miras a secuestrar determinados objetos personales de los que pudieran extraerse dichas muestras.

La causa que dio lugar al pronunciamiento del máximo tribunal se inició a raíz de la denuncia formulada oportunamente por la Asociación Madres de Plaza de Mayo por la desaparición de 95 niños, presuntamente hijos de personas desaparecidas durante la última dictadura militar. Entre aquellos niños se encontraba G. G. P. (actualmente mayor de edad), posible hijo del matrimonio P.-Z.

El objeto de las actuaciones en el marco de las cuales se suscitó la controversia estaba dirigido a determinar la responsabilidad criminal de quienes hasta hoy son legalmente padres de G. G. P., imputados de haber participado en la maniobra por la que se sustrajo al niño cuando era un recién nacido y por la que, posteriormente, se

---

68 En BONGIOVANNI SERVERA, J.G.. La Prueba de ADN en el Proceso Penal. Análisis del artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación y su discusión parlamentaria. Editores del Puerto S.R.L, CABA, Argentina, 2012, Págs. 9-16.

alteró su identidad.

A partir del año 1992 la jueza interviniente comenzó una serie de intimaciones para que los imputados concurrieran con el entonces menor de edad al Banco Nacional de Datos Genéticos a fin de realizar una prueba de histocompatibilidad, mediante la extracción de una muestra de sangre. Estas intimaciones fueron sistemáticamente resistidas por el matrimonio imputado y luego, cuando alcanzó la mayoría de edad, por el propio G. G. P., quien llegó con su reclamo ante la Corte mediante el planteo de un recurso extraordinario con miras a resistir la realización de la prueba biológica con la muestra de su ADN obtenida de diversos efectos personales secuestrados en su domicilio luego de una orden de allanamiento.

Entre los fundamentos invocados por el recurrente se destacan los siguientes: a) que la resolución atacada ordena contra su voluntad la utilización de material biológico de su propiedad, obligando así a constituirse en prueba contra sus padres; b) que afecta su dignidad, pues lo fuerza a cuestionar su identidad; c) que vulnera la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos dictada por la UNESCO, que -según su interpretación- impediría "la investigación genética coercitiva con fines de prueba de cargo penal"; y d) que resulta contraria a lo resuelto en el precedente "Vázquez Ferrá", "pues no correspondería interpretar aquel fallo como limitando el concepto de violencia al plano físico, sino que debe extenderse al aspecto moral o espiritual, que es el que se encuentra aquí afectado, pues al ser el patrimonio genético propio de cada persona, su utilización sin consentimiento importa un sometimiento forzado contra el individuo".

Debe destacarse que en la misma fecha la Corte resolvió otro recurso incoado por el hermano de G. G. P., el Sr. E. M. P., destinado a resistir la orden de extracción compulsiva de sangre. Este recurso fue concedido por la mayoría del tribunal (con disidencia de los magistrados Highton y Maqueda), siguiendo en parte los lineamientos del precedente "Vázquez Ferrá", y decidiendo en consecuencia la inconstitucionalidad de la extracción compulsiva de sangre de una persona mayor de edad para determinar sus vínculos biológicos

Con distintos fundamentos y alcances, la totalidad de los integrantes del máximo tribunal confirmó la sentencia recurrida y descartó la inconstitucionalidad de la realización de la prueba genética para determinar la identidad biológica de G. G. P., con las muestras de ADN extraídas de los efectos personales secuestrados en su domicilio tras la orden de allanamiento.

La composición de los votos de los magistrados fue la siguiente:

a) Highton de Nolasco y Maqueda (cada uno según su voto) coincidieron en la razonabilidad de la medida ordenada por la justicia penal, al señalar que "la diligencia cuya realización se cuestiona no se revela como una medida que afecte sustancialmente los derechos invocados por el apelante, toda vez que existen indicios suficientes que avalan su producción, guarda inmediata vinculación con el objeto procesal materia de la causa, resulta propia del proceso de investigación penal, aparece como idónea para alcanzar la verdad material de los hechos investigados y porque, además, ni siquiera involucra acción alguna del apelante, en tanto las muestras a utilizarse en el examen de ADN han sido tomadas a partir de una recolección de rastros que si bien pertenecen a su cuerpo, al momento de incautarse, se hallaban desprendidos de él". Pero ambos magistrados fueron más allá (en coherencia con sus votos en disidencia en la ya citada causa 46/85, relativa al hermano del aquí accionante) y destacaron que, además de la colección del material genético, resulta también procedente la extracción compulsiva de sangre, por cuanto "aun cuando ello sí derivaría en alguna restricción de sus derechos, lo cierto es que... dicha restricción sería ínfima, se verificaría dentro de un marco de razonabilidad y proporción con relación al objeto procesal que es materia de la causa, y estaría fundamentada en las legítimas facultades estatales de restringir el ejercicio de algunos derechos, en un marco razonable, en aras de procurar la necesaria eficacia en la persecución del crimen".

b) Petracchi (en disidencia parcial) subrayó las diferencias entre la causa en examen y el precedente "Vázquez Ferrá", al observar que en tal caso "dos fueron las circunstancias determinantes de la decisión de considerar desproporcionada la

realización de la extracción de sangre: la necesidad de ejercer violencia sobre el cuerpo del afectado y, acumulativamente, la vulneración de los lazos afectivos que produciría esa injerencia en particular... en esa línea de razonamiento no es posible afirmar, como se pretende, que la vía por medio de la cual se obtiene la muestra genética sea irrelevante. En efecto, a partir de las consideraciones del precedente de mención no se deriva ni un derecho de propiedad sobre el ADN como el que se reclama ni una facultad absoluta para impedir todo intento estatal de obtener pruebas que incriminen a los parientes... Sólo la particular situación de coerción física y espiritual planteada en el caso Vázquez Ferrá llevó a la mayoría del tribunal a considerar excesiva la extracción compulsiva de sangre... el menoscabo que puede provocar la invasión compulsiva en el cuerpo para la obtención de muestras de ADN no puede ser asimilada, sin más ni más, a la mera recolección de rastros a partir de desprendimientos corporales obtenidos sin coerción sobre el cuerpo del afectado, medida que, tal como ha sido dispuesta en estos actuados, no podría ser considerada humillante o degradante, y que en tales condiciones, no puede ser objetada constitucionalmente".

c) Argibay (en disidencia parcial) resaltó que "el recurso no plantea caso federal alguno", pues "ante dos actos que -si bien con finalidad similar- resultan a simple vista sustancialmente diferentes (llevar a una persona por la fuerza, y de esa manera extraerle sangre pese a su resistencia, por un lado, y secuestrar elementos de la persona para analizarlos, por otro), el reclamo para que sean tratados de idéntica manera debe estar acompañado de una sólida argumentación que logre explicar con éxito por qué, pese a las diferencias, ambos casos deben analizarse con idéntico criterio, recaudo que... el recurrente está lejos de cumplir".

d) Lorenzetti y Zaffaroni (en disidencia parcial) observaron que el delito que se juzga "es permanente, y sólo cesa simultáneamente con el estado que ha creado y que el autor o autores están siempre en condiciones de hacer cesar... La medida (extracción compulsiva de sangre; allanamiento para la obtención de material genético, etc.) contra la víctima secuestrada sería el único medio para hacer cesar la comisión del delito que se sigue perpetrando contra él mismo y a lo que éste se niega, haciendo valer el derecho a no ser nuevamente victimizado, aunque el reconocimiento de este derecho en plenitud

implicaría la condena a seguir sufriendo una victimización... sería prudente que el Estado evitase el penoso espectáculo del ejercicio de coerción física sobre una persona adulta para hacerle sufrir una lesión subcutánea que, en verdad, y cualesquiera sean los antecedentes de legislación comparada, no se halla previsto en la ley. De cualquier manera, esto puede obviarse, pues técnicamente existen en la actualidad medios que permiten recoger muestras sin invadir físicamente a la persona, de los que el tribunal puede y debe echar mano antes de llegar al extremo de la coerción física...". Pero estos magistrados dieron un giro en su decisión que los distingue del resto (y que por eso será analizada puntualmente en el apart. VI), al señalar que en aras de proteger a las dos víctimas del delito, los presuntos familiares biológicos y el presunto apropiado, la prueba de histocompatibilidad "debería disponerse al solo efecto de satisfacer el derecho a la verdad de la presunta familia biológica, quedando vedada bajo pena de nulidad cualquier pretensión de otro efecto o eficacia jurídica". Sólo el propio secuestrado en el marco de su autonomía de la voluntad podrá decidir en el futuro si desea conocer el resultado de tales pruebas y, en consecuencia, reclamar su validez a otros efectos jurídicos.

e) Evolución Jurisprudencial: Medidas compulsivas para la obtención de muestras biológicas,

i) La jurisprudencia penal

Tras haber quedado superado el tema sobre la constitucionalidad de la compulsividad en la realización de las pruebas biológicas respecto del imputado en un proceso<sup>69</sup>, la jurisprudencia penal se enfrentó nuevamente con esta cuestión con motivo

---

69. En efecto, la justicia penal ha afirmado desde antaño que la realización de dichas pruebas en tales supuestos no lesiona derechos fundamentales como la vida, la salud o la integridad física, puesto que la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre ocasiona una perturbación ínfima en relación con los intereses sociales superiores que se persiguen mediante la investigación de los delitos. Es que lo que la Constitución prohíbe a través de la garantía de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo es la compulsión física o moral para obtener declaraciones emanadas del acusado mediante la fuerza, pero ello no implica la exclusión de su cuerpo como evidencia material en el juicio. Dicho de otro modo, como advierte Mizrahi, lo que se ha vedado es exigir la participación activa del inculcado obteniendo su declaración, pero no su participación pasiva como una simple fuente de elementos de cargo en su contra,

de la supresión del estado civil de los hijos de los desaparecidos en la última dictadura militar .

El fallo que desató el debate fue el conocido caso "Muller" , dictado por el alto tribunal con fecha 13/11/1990<sup>70</sup>, tras una resolución de Cámara que había ordenado la realización de la extracción de sangre a un niño que convivía con sus padres adoptivos, en una causa en la que se investigaba la falsedad ideológica de un documento nacional de identidad que se encontraba en poder de quien invocaba ser su abuelo.

Esta acción fue resistida por el padre adoptivo, con sustento en que la ejecución de tal medida importaría poner en riesgo al niño al someterlo a una prueba en contra de su voluntad, con graves consecuencias para su psiquis. Por mayoría, la Corte Suprema receptó el argumento expresado por el padre adoptivo sobre las graves consecuencias que se derivarían de una lesión a la integridad física del niño. Adujo que la compulsividad a la realización de la prueba sanguínea carecía de un respaldo legal que la legitimase y, por ende, resolvió que la medida impugnada había excedido el objeto de la investigación, y que la determinación de la tipicidad o autoría no habría variado por el resultado de la prueba biológica dispuesta.

Casi cinco años más tarde, el 4/12/1995, en la causa "H. G. S. y otro"<sup>71</sup> la Corte Suprema, por mayoría, resolvió lo siguiente "La realización de la prueba de histocompatibilidad -cuando está en juego la identidad de un menor- no afecta derechos fundamentales como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de

---

o sea, cuando el sujeto es objeto de prueba u objeto físico de comprobación (MIZRAHI, MAURICIO L., "Identidad filiatoria y pruebas biológicas", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 133). Al respecto ver, entre otros, Juzg. Fed. Bariloche, 13/9/1994, ED 161-223; Trib. Nac. Oral Crim., n. 15, 8/2/1994, "Sosa", JA 1997-III-1142; Corte Sup., 4/12/1995, "Recurso de hecho deducido por la defensa de G. S. H. y M. T. A. de H. en H., G. S. y otro s/ apelación de medidas probatorias", LL 1997-C-376; C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 2ª, 15/8/2002, "Delogu, Fernando L." Ver Texto , LL 2002-F-747; etc.

70 Corte Sup., 13/11/1990, "M., J.", LL 1991-B-473, con nota de Mazzinghi, Jorge A., JA 1990-IV-574 y ED 141-268.

71. Corte Sup., 4/12/1995, "H. G. S. y otro", JA 1996-III-436 Ver Texto , con nota de Cifuentes, Santos, "Difícil y necesario equilibrio entre los intereses públicos y los derechos personalísimos (La inspectio corporis forzada)".



unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen". De esta manera el tribunal se apartó de lo afirmado en el caso "Muller" , sobre la base de que el objeto central de la investigación "estaba inmediatamente ligado a la validez del título en que se sustentan los documentos públicos que acreditaban la identidad de una menor". Así también adujo que con la realización de la medida dispuesta no se verificaba lesión alguna a las garantías constitucionales que protegen derechos fundamentales como la vida, la salud o la integridad corporal.

Estos mismos argumentos fueron expuestos tiempo más tarde, el 27/12/1996<sup>72</sup> , en el caso "Guarino, Mirta L. s/ querella" , donde, invocando expresamente la jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) , la Corte reiteró que las cuestiones vinculadas al inalienable derecho de disponer del propio cuerpo en relación con la zona de reserva e intimidad del individuo expresado en el leading case "Bahamondez"<sup>73</sup> no alcanzan a la negativa a la extracción de sangre cuando ésta se dirige a obstaculizar una investigación criminal en la que podrían resultar afectados derechos de terceros .

El caso Vázquez Ferrá despertó múltiples voces doctrinarias en sentidos diversos. Desde el campo constitucional, cuadra citar en primer término a Bidart Campos, quien se mostró a favor de lo resuelto por la Corte Suprema, tras afirmar que sólo Evelyn era la titular de un cúmulo de derechos como ser "el derecho a la propia identidad; el derecho a que la propia filiación legal coincida con la filiación biológica; el derecho a la intimidad personal; el derecho a la integridad corporal; el derecho a emplazar, mantener y cuidar los vínculos parentales, más muchos etcéteras, forman una unidad que, como derecho personal en el rubro de los derechos humanos, tiene un sujeto titular indudable".<sup>74</sup>

---

72. Corte Sup., 27/12/1996, "Guarino, Mirta L.", Fallos 319:3375. En el mismo sentido, ver C. Nac. Crim. Corr. Fed., sala 2ª, 15/8/2002, "Delogu, Fernando L." Ver Texto , LL 2002-F-747.

73. Corte Sup., 6/4/1993, "Bahamondez, Marcelo", LL 1993-D-130.

74. BIDART CAMPOS, G, "El examen hematológico mediante prueba compulsivamente obtenida", LL 2003-F-435. En este sentido, ver también Galkin Sutton, Lucila, "El Estado, ¿una herramienta o un fin en sí mismo? Límites a la averiguación de la verdad. Análisis de la extracción compulsiva de sangre en un

De manera menos radical, otra constitucionalista, Susana Cayuso<sup>75</sup>, también se enroló en la tesitura expuesta, señalando que toda prueba compulsiva implica un violación al derecho a la integridad, pues si bien la prueba hemática puede catalogarse como una medida de intervención corporal leve, "está relacionada con lo que a través de ella pueda averiguarse o conocerse y con el grado de afectación que produce, lo que la interrelaciona con la intimidad personal. La primera conclusión que surge es que se constata que hay aspectos, tanto de la integridad física, ello con independencia de no existir lesión o menoscabo del cuerpo, como de la intimidad personal, efectivamente involucrados en la prueba de sangre en general y, en la compulsiva en particular".

En sentido inverso, Gil Domínguez criticó la resolución de la mayoría y ponderó el voto de Maqueda, al priorizar el derecho a la verdad de los abuelos por sobre el derecho a la intimidad de la supuesta nieta dentro de los condicionamientos fácticos del caso. Siguiendo a Ferrajoli, este constitucionalista recordó que los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos, por lo cual "la tragedia de la colisión de derechos fundamentales se supera a partir de la construcción de la verdadera identidad de Evelyn -derecho fundamental al cual no puede jurídicamente renunciar-. Desde ese instante podrá ejercer su derecho a la intimidad como quiera... ¿De qué depende esto?, de un examen de sangre que como tal se exige a diario para múltiples actividades... Es un sacrificio ínfimo en torno a tamaña tragedia. Del otro lado está la verdad, la búsqueda de la identidad perdida y de una familia fagocitada por una dictadura atroz"<sup>76</sup>.

Desde el campo penal, Spolansky<sup>77</sup> hizo hincapié en que la extracción de la prueba hemática no era imprescindible para la resolución del caso y que "Al juzgar la

---

caso jurisprudencial", 20/2/2006.

75. CAYUSO, SUSANA, "La prueba compulsiva de sangre y los derechos y garantías constitucionales. Confrontación o armonía", LL 2003-F-963, pag. 194

76 GIL DOMÍNGUEZ, A. "El caso 'Evelyn Vázquez Ferrá' : un supuesto de colisión de derechos fundamentales resuelto por la Corte Suprema que abre un arduo y enriquecedor debate", RDF, n. 26, 2004, pag. 175.

77 SPOLANSKY, NORBERTO E., "Dos Constituciones en pugna", LL 2004-A-188, pag.237.

proporcionalidad de la injerencia que la medida en cuestión significa, se debe computar que ella debería ser realizada sobre una persona a la que, por la fuerza, se la estaría obligando a ser quien, en definitiva, aporte pruebas para que se pueda llegar a la condena de aquellos a quienes su conciencia le indica que debe proteger". Así también, destacó este autor que el derecho de la abuela podía ser salvaguardado en un posterior juicio de filiación sin mencionar de manera precisa qué tipo de acción estaría habilitada a plantear en sede civil, afirmando que "el conflicto es más aparente que real". Nótese que, siguiendo el voto del ministro Boggiano, incurre en un error al plantear la alternativa de los supuestos abuelos biológicos de entablar una demanda de emplazamiento de estado de familia, pues si bien los demandados podrían impugnar la maternidad matrimonial (para lo cual se encuentran legitimados, conf. art. 262 CCiv.), con lo que caería la paternidad matrimonial presumida por la ley (conf. art. CCiv.), no se hallan legitimados para accionar reclamando la filiación, acción que sólo corresponde al hijo en vida de éste (art. 254 CCiv.).

Por último, diversos representantes del derecho de familia también se expidieron sobre el caso en comentario Mizrahi no compartió los argumentos esgrimidos por el alto tribunal. En primer lugar, este autor señaló que "con este pronunciamiento se elimina sin razones atendibles precisas distinciones que había efectuado la propia Corte en sentencias anteriores. Esto es, discriminar entre lo que significa una declaración del sujeto y el cuerpo de éste como evidencia de tipo material; entre lo que es compeler a una persona para obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su voluntad y ser objeto físico de comprobación". Asimismo, se mostró contrario a "la discriminación que se pretende efectuar entre el derecho a conocer los vínculos familiares y la atribución de exigir compulsivamente la realización de la pericia a tales fines. Si existe aquel derecho debe posibilitarse ésta, en la medida en que constituye una práctica indolora que ocasiona una molestia ínfima" .<sup>78</sup>

Por su parte, Solari fue categórico al sostener que "cuando estamos en presencia

---

78 MIZRAHI, M. L., "Limitación jurisprudencial a las pruebas biológicas compulsivas", LL 2004-A-1237; y "La compulsión en la ejecución de la prueba genética para determinar la identidad de origen", ED del 13/2/2004, pag. 8.

de un proceso penal en donde se investigan delitos relacionados con la desaparición forzada de personas, ...no dudamos en la procedencia de la medida compulsiva, dado los derechos en juego y el interés que debe predominar en estas actuaciones. Más allá de la incriminación penal, o sin perjuicio de ella". En definitiva, "La paz familiar no estará satisfecha hasta que el sistema no dé adecuada solución a los familiares de desaparecidos para que, al menos, puedan conocer esa verdad histórica, más allá del reproche penal a los autores de tales delitos"<sup>79</sup>.

A su vez, Azpiri distinguió según el tipo de proceso del que se trate. Para este autor, en la esfera penal puede suceder que se pretenda investigar un delito en el cual la víctima decida no actuar, en cuyo caso el Estado no se puede inmiscuir en su intimidad. Por el contrario, en el ámbito civil el Código determina la legitimación pasiva de quienes quedan sometidos al proceso aun contra su voluntad. Ante ello, sumado a la inocuidad de las técnicas actuales para extraer muestras de ADN, y a la luz del derecho a la identidad, en el juicio de filiación debe admitirse la obtención compulsiva de muestras de material orgánico, pues "el interés individual debe ceder ante el principio de rango superior, ya que tal determinación no sólo interesa a la persona involucrada sino también tiene repercusión en su familia, en los lazos afectivos y jurídicos que se generan y como consecuencia de ello, también se refleja en una trascendencia que interesa a toda la sociedad" <sup>80</sup>.

Mostrándose también contraria a la postura esbozada por la Corte, Kemelmajer de Carlucci observó con agudeza: "...los presuntos abuelos no estaban interesados en la acción de estado sino en el derecho a conocer; por lo tanto, el argumento de la mayoría relativo a que la cuestión de la negativa debe ser planteada en ese juicio no es una respuesta adecuada, desde que ese proceso nunca se iniciará; en el caso, la recurrente no se negaba a prestar su propio cuerpo sino que lo condicionaba a que esa prueba no se utilizara en contra de quienes ella consideraba sus padres; esa prueba no era decisiva para la causa penal, desde que los imputados habían confesado que habían falsificado la

---

79 SOLARI, N, "Acerca de la extracción compulsiva de sangre en el proceso penal (a propósito de los casos 'Vázquez' y 'Ferretón')", JA 2004-I-1014

80. AZPIRI, JORGE O., "Juicios de filiación y patria potestad", 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pags. 158 y 159.

documentación; en cambio, sí lo era para el derecho a saber de quienes aún hoy no pueden enterrar a sus hijos y siguen buscando a sus nietos".<sup>81</sup>

También a favor del fallo en análisis, se enrolaron Sambrizzi y Méndez Costa. El primero, entre los argumentos reseñados, además del referente a la intimidad y a la privacidad, destacó que "el Estado no puede obligar a la persona mayor de edad que no quiere conocer su verdadera identidad, a investigarla ni a promover las acciones judiciales destinadas a establecerla, lo que es así, pues en todo caso este derecho se halla en cabeza, en forma privativa, de la propia persona con relación a la cual se pretende establecer una determinada filiación..."<sup>82</sup>. La segunda señaló que "el interés social a la persecución del delito no queda insatisfecho respetando la actitud remisa de E. K. V. F., porque la autoría del delito ha sido admitida por sus responsables... En cuanto a los derechos de la querellante... admitimos que esta conclusión priva a la pretendida abuela de un elemento de su personal identidad, pero ello, como todo el problema en sí, desplaza el cuestionamiento a otro tema crucial, definido por reconocer o no al derecho a la identidad biológica una jerarquía superior que lo haga absoluto"<sup>83</sup>.

De todos modos, la polémica continuó abierta, ya que luego de "Vázquez Ferrá" se sucedieron otros fallos que, alegando la variación de las circunstancias fácticas<sup>84</sup>, se apartaron de este precedente de la Corte.

Entre los más resonantes cabe mencionar el caso dictado por la sala 2ª de la Cámara Criminal y Correccional Federal en "Incidente de apelación en autos V. S. E. s/

---

81. KEMELMAJER de CARLUCCI, A, "El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos", Revista de Derecho Comparado, n. 10, "Derecho de Familia II", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, pág. 35.

82. SAMBRIZZI, E. A., "¿Es el derecho al emplazamiento filiatorio con fundamento en la relación genética un derecho absoluto?", ED del 13/2/2004, pág. 1 y ss.

83. MÉNDEZ COSTA, M. J, "Los principios jurídicos... cit.", págs. 131 y 132.

84. La primera gran diferencia entre estos fallos y su precedente es que la prueba pericial era la única vía para verificar o descartar las sustracciones denunciadas, y la única conducente para individualizar a los autores de los delitos.

sustracción de menor", del 14/7/2004<sup>85</sup>, y otro precedente emanado de la sala 2ª de la Cámara Federal de San Martín, de fecha 30/9/2004, en la causa "Barnes de Carlotto, Estela en representación Asociación Abuelas de Plaza de Mayo s/ denuncia"<sup>86</sup>. En ambos fallos se dispuso la compulsividad de la prueba de histocompatibilidad también respecto de personas mayores de edad, presuntos hijos de desaparecidos durante el proceso militar.

El punto neurálgico del primer precedente estriba en la novedosa determinación de los derechos fundamentales que entran en colisión y que obligan a la ponderación del tribunal. Por un lado se encuentra el derecho a la intimidad del apelante. Por el otro, el derecho a la intimidad de la querellante mediante el cual se "quieren reconstruir los lazos afectivos arrebatados mediante la quiebra de la identidad familiar". A esto se suma "el derecho de la sociedad a saber la verdad sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas en la segunda mitad de los años 70, englobando el de los familiares de las víctimas a conocer el destino dado a su hijos y nietos desaparecidos, como vía para recuperar su propia historia y liberar el ejercicio de sus legítimos sentimientos de parentesco".

Esta misma línea argumental fue seguida en el fallo "Barnes de Carlotto", que dio lugar a un nuevo fallo de la Corte Suprema, pero esta vez por razones meramente procesales. Se trata del precedente "Noble Herrera, Marcela y otro s/ recurso de casación", el 11/7/2007<sup>87</sup>. En el caso el juez de instrucción había ordenado la extracción compulsiva de muestras de sangre de dos personas, a los fines de la realización posterior de una peritación genética. Los afectados interpusieron diversos recursos y además ofrecieron someterse voluntariamente a la peritación, mas bajo ciertas condiciones. Tiempo después otro magistrado ordenó practicar el examen en las

---

85. C. Nac. Crim. y Corr. Fed., sala 2ª, 14/7/2004, "V., S. E.", en RDF 2004-III-9, con nota de Gil Domínguez, Andrés, "Una nueva postura sobre la colisión de derechos fundamentales que renueva el debate suscitado por el caso 'Evelyn Vázquez Ferrá'".

86. C. Fed. San Martín, sala 2ª, 30/9/2004, "Barnes de Carlotto, Estela en representación de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo s/ su denuncia", AP 35000525.

87. Corte Sup., 11/7/2007, "Noble Herrera, Marcela y otro s/ rec. de casación" Ver Texto, Fallos 330:3028 y LL 2007-E-49.

condiciones solicitadas por las víctimas. Dicha resolución fue revocada por la Cámara de Apelaciones, que dispuso que la peritación se realizase conforme a lo decidido en primer lugar, con consentimiento de los afectados o sin él. Éstos dedujeron recurso de casación, que fue declarado mal concedido. Ante ello interpusieron recurso extraordinario, señalando que la Cámara nada había manifestado respecto del método de exclusión propuesto para evitar que en el cotejo de los perfiles genéticos con las familias querellantes se descifrara completamente el mapa revelador de una identidad biológica que no querían conocer, afectándose así su derecho a la intimidad.

Tras conceder el recurso, la Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia cuestionada. Así, siguiendo el dictamen del Procurador General, la mayoría sostuvo que "Si bien es cierto que la apelación extraordinaria (art. 14, ley 48) es improcedente cuando se pretende revisar decisiones de los tribunales de la causa en materia de admisibilidad de recursos, V.E. ha hecho excepción a ese principio y la ha admitido, en salvaguarda de las garantías del debido proceso y defensa en juicio, cuando concurren supuestos de arbitrariedad... y la resolución impugnada resulta, por sus efectos, equiparable a sentencia definitiva... A mi modo de ver, esta situación excepcional es la que se ha configurado en el caso, pues advierto que el a quo prescindió de las constancias del expediente al resolver como lo hizo. En efecto, ya de la reseña anterior se desprende que la apelación desistida -que invoca el tribunal como fundamento- se hallaba encaminada a cuestionar un auto que fue dejado sin efecto posteriormente por el nuevo juez que asumió la dirección del proceso. En contra de lo que sostiene el a quo, no se trató entonces de un intento de reeditar una vía recursiva en su momento desistida, sino de la apertura de una nueva respecto de una resolución distinta..., dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín a partir de una impugnación de la querella, que hizo renacer el agravio de la parte ahora recurrente, al revocar la de fs. 3573 en cuanto había recogido sus reclamos. El déficit señalado, de conformidad con la doctrina de la arbitrariedad desarrollada por el tribunal, priva al pronunciamiento de fundamentos suficientes que lo sustenten y lo descalifica como acto jurisdiccional válido...".

Fue de manera más reciente que alguna jurisprudencia comenzó a inclinarse por

la tendencia que hoy reafirma nuestro máximo tribunal: la extracción de la muestra para realizar el examen genético a partir del secuestro de algún elemento personal del requerido mediante el allanamiento de su domicilio.

Así, por ejemplo, lo decidió el Juzgado Federal Criminal y Correccional n. 3 de La Plata, con fecha 31/8/2005<sup>88</sup>, disponiendo que "Ante la negativa de la presunta víctima del delito de sustracción de menores y ocultación de estado civil a someterse a una extracción de sangre para que se practique una pericia de ADN, debe ordenarse, en los términos del art. 224 , CPPN, el registro domiciliario de la finca donde aquélla habita a fin de tomar muestras alternativas de donde extraer información genética, con el objeto de dilucidar si esos datos se corresponden con los de los querellantes y, subsidiariamente, con otros grupos familiares cuyas muestras de ADN obren en el banco de datos genéticos de un hospital público".

En el mismo sentido, con fecha 14/11/2006, en el antecedente que dio lugar al fallo en comentario, la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal<sup>89</sup> puso de resalto que "No debe ser trasladado al presente lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente 'Vázquez Ferrá'. Aquí no se trata de una medida que implique forzar o coaccionar a la supuesta víctima del delito investigado a suministrar al Estado los medios para punir a aquellos con quienes tiene intensos lazos afectivos, pues ello ya se ha logrado por una vía que no implicó participación alguna por parte del recurrente, a tal punto que ni siquiera fue necesaria su presencia en el lugar, sino que se trató de los elementos orgánicos que ya se habían desprendido de su cuerpo... En este sentido, a diferencia de lo que ocurre con la situación de los testigos -a la que el máximo tribunal emparentó la medida de extracción compulsiva de sangre- o en las demás normas mencionadas por el recurrente, el legislador al regular lo relativo al allanamiento o al secuestro de cosas no ha estipulado limitaciones vinculadas con el parentesco o los afectos en cuanto al sujeto pasivo que debía soportarlas". En cuanto al agravio del requerido vinculado a la negativa a conocer su verdadera identidad, el tribunal consideró que "la medida ordenada por la juez de grado implica una restricción

---

88. Juzg. Fed. Crim. y Corr. La Plata, n. 3, 31/8/2005, "V. W., C. F."

89. C. Nac. Crim. y Corr. Fed., 14/11/2006, "P., G. G. s/ apela realización de peritaje" ., 13/2/2007.



legítima a tales derechos... Más allá del interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, resulta decisivo para la solución del conflicto tener en cuenta que, paralelamente a los derechos del recurrente, se encuentran en juego el derecho a la protección de la familia de los parientes que aún viven del niño apropiado... Es por ello que también debemos atender a que, de no realizarse la medida, estaríamos ante la afectación de tales derechos familiares de terceros, pues no puede desconocerse que el origen del problema no es el abandono o la entrega voluntaria del menor por parte de sus padres, sino el delito de sustracción de menores (art. 146 , CPen.), en el que el bien jurídico afectado es tanto la libertad individual del menor como el derecho de los familiares".

Este contexto, un tanto dinámico, por el cual atraviesan las medidas compulsivas para la realización de las pruebas biológicas en ámbito penal, constituye un espacio fértil para actualizar y reafirmar la postura -aun minoritaria- a favor de la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los procesos filiatorios, de la que se ha ocupado alguna escasa jurisprudencia.

ii) La jurisprudencia civil y la obligatoriedad de las pruebas biológicas para determinar la filiación

A nuestro modo de ver, es interesante destacar lo ocurrido en el ámbito civil, en tanto fija algunos parámetros que luego tendrán su correlato en el ámbito penal. Debe destacarse que como primer avance en resguardo del derecho a la identidad en materia filiatoria, en la más reciente jurisprudencia<sup>90</sup> y en gran parte de la doctrina<sup>91</sup> se ha ido

---

90. En este sentido ver, entre otros, C. Nac. Civ., sala F, 11/5/1988, "G., C. A. v. L. de G., M. del V. y otro", LL 1988-C-442; íd., íd., 7/5/1989, "G. A., R. N. v. D., A.", LL 1989-E-112; íd., íd., 12/11/1989, "J., M. v. S., H. A." , LL 1991-D-6; íd., sala E, 26/2/1990, "C., J. J. v. S., F. M.", LL 1990-C-440; íd., íd., 29/8/1991, JA 1992-IV-434 ; íd., sala F, 24/8/1992, "L., R. G. y otra v. M., L. A." , JA 1994-I-122; íd., sala M, 8/6/1993, "N., I. A. v. M., O.", JA 1994-IV-776 y LL 19994-A-77; C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1ª, 27/12/1991, LL 1992-E-253; C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 28/4/1994, "S., E. R. v. L., J. L." , ED 159-182; íd., 14/5/1996, "M., A. v. A., R.", LLBA 1996-1084 C. Civ. y Com. Morón, sala 1ª, 2/6/1992, JA 1992-III-569 ; C. Nac. Civ., sala C, 13/6/1996, "C., M. L. v. De R., O. A." Ver Texto , ED 171-38 y JA 1999-III, síntesis; íd., sala 1ª, 28/9/1995, "D., R. v. S., J." , JA 1998-I, síntesis; íd., sala H, 4/10/1996, ED 172-274; íd., íd., 11/3/1997, DJ 1998-I-259; íd., íd., 18/6/1999, LL 2000-C-85; íd., sala L, 14/4/1994, "M., C. S. v. E. y L. F., C. M.", JA 1995-II-437 ; íd., sala D, 2/4/1996, "C., A. G. v. L. L., R. L." Ver Texto , LL 1997-E-467; íd., íd., 18/4/1996, ED 170-105; íd., íd., 17/9/1996, "S., E. B. v. S., H. S." , LL 1998-D-898; íd., íd., 19/3/1999, JA 2000-III-356; íd., sala E, 8/5/1997, LL 1997-E-288; íd., sala A, 21/4/1998, LL 1998-D-741; íd., sala G, 19/3/1999, ED 1874-24; C. Civ. y Com. Azul, sala 1ª,

abriendo camino la tesis que interpreta que la negativa a realizarse las pruebas biológicas definida como indicio contrario a la posición sustentada por el renuente por el art. 4 , ley 23511<sup>92</sup> , constituye en rigor una presunción en su contra. La distinción no es inocua, pues mientras que el indicio es todo hecho conocido que de por sí no tiene valor alguno pero que sumado a otras pruebas (por su "número, precisión, gravedad y

---

11/12/1996, LLBA 1997-562; C. Civ. y Com. San Nicolás, 22/12/1994, LLBA 1995-1274 1995-1274 íd., 22/5/1997, JA 1998-II-390 ; C. Civ. y Com. Trenque Lauquen, 3/6/1997, LLBA 1998-287; Trib. Fam. Formosa, 30/6/1997, LL Litoral 1999-387; C. Civ. y Com. Mar del Plata, 19/9/1999, RDF, n. 16, 1999, p. 177; C. Civ. y Com. Mercedes, sala 1ª, 28/3/2000, LLBA 2000-907; íd., 11/5/2000, LLBA 2000-1083; Sup. Trib. Just. Jujuy, 10/9/1999, "G., S. R. v. B., J. A." , LLNOA 1999-419; Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civ. y Com., 4/5/2000, LL Córdoba 2001-23, con nota de Bedrossian, G, "Negativa al análisis de ADN. Único elemento para atribuir la paternidad"; C. Nac. Civ., sala D, 19/12/2002, "A., N. B. v. R., J. s/ filiación", ED del 11/12/2003, p. 5; íd., sala H, 10/3/2004, "G. F., S. J. del V. v. P., R.", JA 2005-I-543 ; íd., sala B, 15/2/2005, "D. M. A. v. M. F. s/ filiación"; , 21/4/2005; C. Civ. Com. y Min. San Juan, sala 2ª, 21/9/2004, "L., J. N. v. S., F. G." ; C. Civ. Com. Lab. y Paz Curuzú Cuatía, 5/6/2005, "M., V. D. v. G., E. V.", LL Litoral 2005-1194; Trib. Sup. Just. Córdoba, sala Civil, 19/4/2006, "M., B. del V. v. E., P. B. s/ filiación-recurso de casación e inconstitucionalidad" ; etc.

91. En esta postura se enroscan, entre otros, ZANNONI, E, "Derecho Civil. Derecho de Familia", t. II, 3ª ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 492; AZPIRI, J, "Juicio de filiación..." cit., p. 140; BELLUSCIO, A. C., "Manual de Derecho de Familia", t. II, 8ª ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 295; DIAZ de GUIJARRO, E, "Valoración probatoria de la negativa a someterse a la investigación de los grupos sanguíneos", JA 1947-III-216; BORDA, G. A., "Tratado de Derecho Civil. Familia" , t. II, 10ª ed. actualizada por Guillermo J. Borda, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 70; KEMELMAJER de CARLUCCI, A, "Aspectos jurídicos del Proyecto Genoma Humano", ED 153-928; GROSMAN, C, "Acción de impugnación de la paternidad del marido", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1982, p. 183; GROSMAN, C y ARIANNA, C, "Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial", LL 1992-B-1196; GROSMAN, CECILIA P. y MARTINEZ ALCORTA, I, "La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23264 Ver Texto ", LL 1986-D-924; LLOVERAS, NORA, "La filiación en la Argentina y en el Mercosur. Costa Rica y el Perú", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2007, p. 96 y ss; KIELMANOVICH, J. L., "La negativa a someterse a pericias genéticas", LL 1988-E-810, y "Derecho Procesal de Familia" , Ed. LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 475 y ss.; DUTTO, R. J., "El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas", en Revista de Derecho Procesal, "Derecho Procesal de Familia II", 2002-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 143 y ss.; CALAROTA, E. O., "Determinación de la paternidad por el sistema HLA o complejo mayor de histocompatibilidad", LL 1985-A-472; Salas, Acdeel E., TRIGO REPRESAS, F. A. y LÓPEZ MESA, M. J., "Código Civil anotado" , Ed. Lexis Nexis - Depalma, Buenos Aires, 1999; LEVY, LEA M., "Filiación", en Wajntraub, Javier H., PICASSO, SEBASTIÁN y ALTERINI, J. M. (coords.), "Instituciones de Derecho Privado moderno" , Ed. LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001; SOLARI, N. E., "La conducta procesal de las partes en el juicio de filiación", LL Litoral 2005-1194; y "Valoración de la prueba biológica. Cuestiones constitucionales y procesales", LL 2001-E-739; GHERSI, C. (dir.), "Prueba de ADN. Genoma humano", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 95; VELAZCO J. R., "Filiación. Prueba biológica", LL 1989-A-115; GREGORIO, C. G. y ÁLVAREZ, G. S., "Prueba de exclusión o presunción de paternidad", LL 1992-E-252; LEVIN, C, "La negativa a la aportación de muestras en los procesos de filiación. Desde el indicio hasta la presunción", en AMEAL, O. J. (dir.) y TANZI, S. Y. (coord.), "Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI" , Ed. Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, , n. 1013/002851; BERTOLDI de FOURCADE, M. V, "Investigación de la paternidad", LL 1999-F-1230; etc.

92 Sancionada el 13/5/1987 (BO del 10/7/1987), cuyo art. 4 dispone en la parte 2ª de su párr. 1º que "La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente".

concordancia") autoriza al juez al dictado de la sentencia estimatoria<sup>93</sup>, la presunción produce la inversión de la carga de la prueba, por lo cual la negativa a someterse a la prueba biológica sería un hecho determinante hasta que el demandado no logre desvirtuarlo; o, lo que es lo mismo, "una prueba tasada que obliga al juez" .

Tras este primer progreso, nuestra jurisprudencia civil registra dos antecedentes judiciales en los se aborda la cuestión de la obligatoriedad de las pruebas biológicas en materia de filiación.

El primer caso fue dictado por el Tribunal de Familia n. 5 de Rosario con fecha 28/5/2004<sup>94</sup>, y su plataforma fáctica fue la siguiente: un supuesto padre extramatrimonial duda sobre la posible paternidad de un niño. Sin la necesidad de arribar al ámbito judicial, se presta a llevar adelante la prueba de ADN y, en caso de arrojar éste un resultado positivo, proceder al reconocimiento correspondiente de conformidad con lo dispuesto en el art. 248 , CCiv. Ante la negativa infundada de la madre de someterse junto con su hijo a la realización de la prueba, se ve forzado a iniciar una medida preparatoria a fin de lograr la realización del examen genético. El tribunal rosarino no sólo hizo lugar a la acción intentada sino que, además, dispuso librar un mandamiento para que el oficial de justicia, previa certificación de la identidad de los involucrados, se presentara en el domicilio materno "a fin de instarla a concurrir junto a su hija menor al Instituto de Genética del Litoral a fin de realizar los exámenes de ADN mediante muestras de hisopado de mucosa bucal... haciéndole saber que en caso de negativa se faculta a hacer uso de la fuerza pública para cumplir la medida, que en su caso deberá ser personal femenino y facultándose a allanar domicilio si fuera estrictamente necesario".

Más recientemente el tema ha sido puesto nuevamente en el tapete a raíz de la

---

93. ALSINA, H, "Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", t. III, 2ª ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 1961, p. 684; y Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil" , Ed. Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, .

94. Tribunal. Familia Rosario, n. 5, "B., F. v. D. P., R. s/ medida preparatoria", 28/5/2004, RDF 2004-III-155, con nota aprobatoria de Krasnow, Adriana, "Una solución justa para acceder de forma rápida a la verdad".

disidencia del magistrado Pettigiani en el fallo de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires del 27/8/2008<sup>95</sup>, mediante el cual se rechazó el recurso interpuesto por el demandado en un juicio de filiación en el que se había determinado su paternidad sobre la base de su negativa a someterse a los exámenes genéticos, examinada a la luz de otros elementos probatorios producidos en autos.

Con un voto innovador, el citado magistrado confirmó la paternidad ficta de la niña atribuida al demandado y, adicionalmente, de ser así requerido oportunamente por la actora, dispuso "una medida tendiente a la concreta determinación de la verdadera identidad de origen de la niña, consistente en la efectiva realización -eventualmente compulsiva- de la prueba biológica centrada en los test de ADN y HLA sobre la persona del demandado". Pero además resolvió que la decisión recaída en la causa "hará cosa juzgada material, aunque este último carácter quedará sujeto a condición resolutoria (art. 553, CCiv.), pues, llegada a la edad de 18 años (arg. arts. 128, 286 , 328, CCiv.), podrá la menor (arg. contr. art. 542, CCiv.), en ejercicio de su derecho personalísimo, manifestar expresamente su voluntad de continuar las presentes actuaciones y al efecto simultáneamente requerir la realización efectiva de la prueba biológica sobre material genético que se extraiga del demandado, quien deberá someterse a dicha prueba con el fin de determinarse si la paternidad ficta conferida en este fallo se condice o no con la realidad biológica del vínculo así establecido. El resultado que arroje la prueba de ser positivo (es decir, de confirmar la paternidad del demandado) no producirá efecto modificadorio alguno respecto del estado actual de la causa, salvo la declaración de que la paternidad ficta ha adquirido el carácter de biológicamente comprobada (art. 554, CCiv.). En caso contrario, operará el cumplimiento de la condición, resolviéndose la paternidad atribuida y los efectos generados en consecuencia, debiendo atenderse a las especificidades propias del régimen familiar".

Para así resolver el magistrado tuvo en consideración la obligación del Estado de arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar el efectivo reconocimiento del

---

95. Sup. Corte Bs. As., 27/8/2008, "F., S. B. v. G., G. D. s/ filiación", RDF 2009-II-67, con nota de Lloveras, Nora y Orlandi, Olga, "La prueba biológica y la negativa del demandado: ¿cosa juzgada material?".

derecho a la identidad y del derecho a la verdad. Así, observó que "la norma del art. 4, ley 23511 y la presunción derivada de la negativa al sometimiento a la prueba biológica por parte de quien fuera sindicado como padre de la niña solucionan sólo un tema menor, relativo a las consecuencias materiales de la falta de reconocimiento de la paternidad atribuida; mas no contribuyen en modo alguno a brindar adecuada y cabal solución al problema de base que el proceso filiatorio evidencia ante la sociedad, esto es, la cuestión vinculada con la verdadera identidad de origen del niño. Véase en la operatividad de la referida norma legal, así como en los escasos adicionales objetivos elementos de prueba que pueden extraerse de la presente causa, la conformación de una ficción jurídica destinada a dar cierta respuesta institucional frente al estado de incerteza sobre el vínculo filiatorio habido entre la menor y el demandado, que en verdad atiende en mayor medida a justificar la procedencia de los mencionados efectos jurídicos secundarios (eventuales reclamos sobre alimentos, asistencia, derechos hereditarios, etc.), que a resolver el problema de fondo, principal, concerniente a la determinación de la verdadera identidad de origen de la niña. Pues bien, no parece razonable que el empeño normativo puesto en la determinación de la identidad de origen desconocida se vea truncado por la mera negativa injustificada del sujeto pasivo de la medida de prueba ordenada... No se trata aquí de crear una suerte de ficción, imponiendo algo así como un 'padre a palos' (apelando a la figura literaria que suministra Molière al titular su comedia 'El médico a palos'...), sino de arrojar certeza a una búsqueda decisiva para reconstruir la historia de la vida de una persona, conocer su identidad de origen y poder desarrollarse en la plenitud de su libertad". Pettigiani concluyó que "la imposición de llevar adelante el examen biológico no afecta la libertad del sujeto a quien debe examinarse y se niega injustificadamente a ello. En efecto, la libertad del individuo, entendida a la vez como autodeterminación, propia disposición de su cuerpo, o garantía que le permite conducirse de acuerdo a su propia volición y deseos, halla igualmente límites en la ubicación del sujeto dentro de un orden social, una comunidad, de modo que sus intereses y acciones libres deben ajustarse a las normas que reglamentan su ejercicio cuando las mismas posean entidad como para afectar la moral, el orden público o legítimos intereses de terceros.

Es, como dijimos interesante ver lo ocurrido en el régimen filiatorio, debido al especial caso histórico argentino y como algunos de los avances en este ámbito se

traducen luego al ámbito penal. En el caso de la filiación determinación de la paternidad sobre la base de su negativa a someterse a los exámenes genéticos y como la misma configura la paternidad ficta. Además el rol y la obligación del Estado de arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar el efectivo reconocimiento del derecho a la identidad y del derecho a la verdad. Siendo la verdadera identidad de origen uno de los intereses a la hora de ponderar y de arrojar certeza a una búsqueda decisiva para reconstruir la historia de la vida de una persona, colisión de derechos fundamentales que debe ser resuelta a la luz del mecanismo de ponderación de derechos. Estableciendo reglas aplicables a otros supuestos en donde se constate la identidad en cuanto a la colisión de derechos fundamentales y a los condicionamientos fácticos del caso y la aplicación de principios, entre otros el de proporcionalidad.

Siendo entonces el método de ponderación y el principio de proporcionalidad los ejes centrales del análisis de para concluir en la constitucionalidad de la obtención compulsiva de muestras de ADN obtenidos del secuestro de objetos personales de la víctima ubicados en su domicilio.

f) La ponderación de los derechos en juego y la constitucionalidad de la obtención compulsiva de muestras de ADN

La ponderación de derechos en el fallo del máximo tribunal

Con distinto alcance, las opiniones de casi todos los integrantes de la Corte (con excepción del voto de la magistrada Argibay) coincidieron en señalar que la cuestión en debate expone una colisión de derechos fundamentales que debe ser resuelta a la luz del mecanismo de ponderación de derechos.

Desde la teoría general, el método de ponderación es un modo de sopesar las razones que juegan a favor y en contra de una determinada solución al caso conflictivo. En este sentido, cuando dos principios entran en colisión uno de ellos debe ceder frente al otro, sin que ello signifique declarar inválido al principio desplazado ni que en dicho principio haya que introducir una cláusula de excepción.

Más bien lo que sucede es que bajo ciertas circunstancias uno de los principios

precede al otro; pero bajo otras circunstancias la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Es decir, el punto neurálgico de la labor judicial reside en la ponderación o evaluación del "peso" de los derechos fundamentales que entran en colisión en un caso concreto de acuerdo con las condiciones fácticas que lo definan. Así, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de "precedencia condicionada", cuya determinación consiste en indicar las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones la cuestión de la precedencia puede ser resuelta inversamente.<sup>96</sup>

Para evitar que la labor judicial se traduzca en un juicio personal axiológico y con miras a otorgar mayor certeza al resultado de la ponderación, se han elaborado diversas teorías tendientes a desarrollar un método racional de solución que posibilite dar una respuesta a partir de la cual se establecerá una regla iusfundamental aplicable a otros supuestos en donde se constate la identidad en cuanto a la colisión de derechos fundamentales y a los condicionamientos fácticos del caso. Uno de los métodos más utilizados en este sentido es el principio de proporcionalidad, cuya función esencial es estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales<sup>97</sup>. Como ya veremos, ha sido precisamente el principio de proporcionalidad el punto de partida de la solución aportada en el caso que se comenta por la mayoría de los magistrados (reitero, con la excepción de la Dra. Argibay) en cada uno de sus votos.

Bernal Pulido enseña que el principio de proporcionalidad es un conjunto articulado por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, que se aplican de forma sucesiva y escalonada. Según el principio de idoneidad (relacionado directamente con el clásico principio de razonabilidad), toda intervención legislativa en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la

---

96. ALEXANDER, R., "Teoría de los derechos fundamentales", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 89 y ss.

97. BERNAL PULIDO, C., "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador", Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pág. 75.



obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Para ello es preciso que la intervención cumpla dos requisitos:

- i) que tenga un fin constitucionalmente legítimo, que será tal cuando no está constitucionalmente prohibido, expresa o implícitamente;
- ii) que sea idónea para favorecer su obtención.

De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Por último, conforme al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la trascendencia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Ello significa que las ventajas que se obtienen mediante dicha intervención deben compensar los sacrificios que ésta implica para los titulares y para la sociedad en general. En definitiva, el juez deberá verificar sucesivamente el cumplimiento de estos subprincipios para determinar si la intervención en un derecho fundamental es o no proporcionada y, en consecuencia, si supera o no el test de constitucionalidad. Si se concluye que la norma legal es proporcionada, adquiere entonces una validez definitiva y se convierte en una restricción del derecho. Si, por el contrario, se verifica la desproporción de la norma, es considerada como una vulneración del derecho y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional .

He dicho, entonces, que el método de ponderación y el principio de proporcionalidad han sido los ejes centrales del análisis de los integrantes del máximo tribunal para concluir en la constitucionalidad de la obtención compulsiva de muestras de ADN a partir del secuestro de objetos personales de la víctima ubicados en su domicilio.

Al respecto, se señala en el voto de Highton de Nolasco que "derivado de esa compleja situación, aparecen intereses en pugna. Por un lado, los de P., que aduce que la práctica de la medida viola diversos derechos, tales como ser oído por un tribunal competente e imparcial, preservar, cuestionar o esclarecer su identidad, el de integridad física, el de intimidad, el de propiedad, el de disponer del propio cuerpo y del



patrimonio genético; y por el otro, los de quienes serían su familia biológica, entre ellos su abuela, que pretenden conocer la verdad de los hechos para determinar si, efectivamente, quien se opone a la realización de la prueba de histocompatibilidad es su nieto, descendiente de su hija desaparecida y, paralelamente, avanzar además, en la medida de lo posible, en la investigación sobre la desaparición forzada de la misma". Y que "en el caso en examen aparecen entonces enfrentados principios y derechos constitucionales de similar jerarquía, circunstancia que obliga a los jueces a ponderar con extrema prudencia los valores e intereses que coexisten con el fin de arribar a una solución que conjugue de manera armoniosa aspectos propios de la esfera de la intimidad de las personas, protegidos por el art. 19 CN., con otros que la trascienden, y acaban por interesar a la sociedad toda... bajo tales condiciones se hace necesario encontrar un punto de equilibrio, esto es, determinar de qué manera puede materializarse el derecho a la verdad sin lesionar los derechos de persona alguna, o bien, en su caso, a costa de una mínima lesión de las garantías de quienes en la especie son víctimas involuntarias de los hechos... en ese sentido, no se observa que la medida en cuestión ocasione la afectación de derechos fundamentales, tales como la vida, la salud, la integridad corporal o la intimidad, ya que las muestras han sido tomadas sin invadir el cuerpo del recurrente, es más, sin siquiera contar con su participación activa, y su utilización tiene por fin la tutela del interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, a través del procedimiento penal, que no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia".

En la misma línea, resaltó Maqueda que "el balance entre los intereses de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la persecución penal debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa. A dichos efectos corresponde tamizar la medida por los filtros de necesidad, adecuación y proporcionalidad... esta Corte no advierte que la medida escogida resulte irrazonable tanto respecto de los intereses sociales como individuales; con relación a los primeros, en autos se investiga el delito de sustracción de un menor de 10 años (art. 146 CPen.), cometido en un contexto de graves violaciones de derechos humanos amparados por el Estado; y en consideración de los segundos, la pretensión punitiva de los querellantes se encuentra también fundada en derechos subjetivos familiares de los que aquéllos son

titulares". Por el contrario, la medida resulta *"idónea en relación con el éxito que eventualmente puede obtenerse a raíz de la realización de los análisis respectivos. Cabe señalar que los exámenes de ADN son -en el actual estado de los avances científicos- un método adecuado y conducente para la determinación de la filiación..."*.

En similar sintonía, Petracchi subraya que *"...el derecho a preservar la propia identidad y a que ella no sea cuestionada en contra de la propia decisión carece del alcance absoluto que pretende asignarle el apelante. En particular, y en lo que aquí interesa, dicho derecho no podría ser invocado para neutralizar el interés de la sociedad en el esclarecimiento y persecución de los delitos..."*.

Pero mientras que los votos de estos magistrados aluden a un triángulo donde se enfrentan la libertad de intimidad de la víctima -en especial, plasmada en su "derecho a no saber"-, el derecho a la verdad y -como veremos- también a la identidad de los supuestos parientes biológicos, y el interés del Estado y de la sociedad en averiguar la verdad y perseguir los delitos de lesa humanidad, la disidencia parcial conformada por Lorenzetti y Zaffaroni reduce el dilema a dos polos en conflicto: la autonomía de la voluntad de la víctima y el derecho a la verdad de los presuntos familiares de aquélla.

En este sentido, precisan claramente los magistrados que *"el conflicto a resolver se suscita entre los derechos igualmente legítimos de dos categorías de sujetos pasivos: los de la supuesta víctima secuestrada y los de sus supuestos parientes biológicos. El presunto secuestrado tiene derecho a exigir que se respete su autonomía personal. Sus presuntos familiares biológicos reclaman con legitimidad que termine la continuidad del delito. Uno tiene derecho a reclamar que se lo deje en paz aunque el presunto delito continúe; los otros tienen derecho a reclamar que se les devuelva la paz mediante la interrupción del delito presuntivamente cometido en el caso. Ambos derechos se hallan jurídicamente protegidos por las normas de más alta jerarquía a las que debe remitir cualquier decisión jurisdiccional"*.

Por nuestra parte consideramos, que debemos destacar de este apartado la idea de la procedencia condicionada, al efecto de realizar una ponderación, y así decir que principio precede al otro, en base a principios y subprincipios que tendrán en cuenta la

oportunidad y constitucionalidad de la medida adoptada. No se pierda de vista , como dijimos con anterioridad que dichas medidas deben ser enmarcadas en un contexto histórico como el argentino en tanto el interés del Estado y de la sociedad en averiguar la verdad y perseguir los delitos de lesa humanidad.

g) ¿Allanamiento domiciliario o compulsividad física?

He dicho que en la misma fecha la Corte Suprema dictó dos fallos: el que aquí se comenta, determinando la constitucionalidad de la obtención de muestras de ADN a partir del secuestro de objetos personales en el domicilio de la víctima; y el relativo al recurso planteado por el hermano de G. G. P., el Sr. E. M. P., en el cual -con disidencia de los magistrados Highton y Maqueda- la mayoría se inclina por seguir la línea sentada en "Vázquez Ferrá" y considera inconstitucional la realización compulsiva del examen genético.

Los argumentos que llevaron a esta mayoría a negar la prueba compulsiva sobre la persona de la víctima y a aceptarla cuando se lleva a cabo con muestras obtenidas de elementos personales sin su consentimiento descansan en que tal prueba implica una "coerción física y espiritual" excesiva ; constituye "una invasión a la esfera de intimidad del individuo (art. 19CN), dentro de la cual se encuentran los sentimientos hacia las personas a las que se debe especial gratitud y a las que no se desea perjudicar", y deviene, en consecuencia, un aspecto de la "vida privada" (pues "es difícil concebir algo más 'privado' que el propio cuerpo"); y en que "sería prudente que el Estado evitase el penoso espectáculo del ejercicio de coerción física sobre una persona adulta para hacerle sufrir una lesión subcutánea que, en verdad, y cualesquiera sean los antecedentes de legislación comparada, no se haya previsto en la ley. Además, resulta de dudosa constitucionalidad en nuestro derecho positivo vigente, no sólo cuando se trata de imputados, sino en especial cuando se trata de testigos muy particulares, como son las presuntas víctimas o sujetos pasivos del delito que se investiga".

En cambio, los magistrados Highton de Nolasco y Maqueda, que se enrolaron a favor de la constitucionalidad de la compulsividad física, resaltaron que "la medida cuestionada resulta adecuada a los fines indicados en la resolución apelada, puesto que favorece de un modo decisivo a la obtención del resultado pretendido, por cuanto aparece como el medio dotado de mayor idoneidad para arribar a la verdad material, habida cuenta del elevadísimo grado de certeza que brinda... la extracción compulsiva de sangre en las condiciones en que se ha planteado en el presente proceso no se revela como una medida que afecte sustancialmente los derechos invocados por el apelante, toda vez que existen indicios suficientes que avalan la adopción de la medida cuestionada, ella guarda inmediata vinculación con el objeto procesal materia de la causa, resulta propia del proceso de investigación penal e idónea para alcanzar la verdad material de los hechos investigados, y porque, además, se traduce en una intrusión mínima en el cuerpo de la víctima, deberá realizarse con intervención de personal médico, en condiciones de asepsia e higiene, y su efectiva concreción quedará subordinada a la inexistencia de eventuales razones de salud que, debido a su gravedad, pudieran obstaculizar momentáneamente su producción".

Las posturas adoptadas por el tribunal en uno y otro caso, y los matices argumentales para sostenerlas, imponen un análisis sobre la existencia de diferencias sustanciales frente a la realización de ambas modalidades compulsivas. Es cierto que fácticamente no es lo mismo extraer una muestra genética de un objeto personal que forzar a la víctima a comparecer personalmente y prestar su cuerpo para la obtención del material. Pero, en el plano jurídico, ligado a la afección de los derechos fundamentales, ¿existe una verdadera distinción entre uno y otro supuesto?

Es evidente que la primera opción no resulta lesiva a la integridad física de la persona, aunque no lo es menos -como bien han resaltado Lorenzetti y Zaffaroni- que frente a la segunda alternativa "no es jurídicamente relevante plantear un conflicto de derechos, invocando el de la presunta víctima secuestrada a preservar su integridad física, porque es insignificante, tanto la extracción como la cantidad de torrente sanguíneo a extraer" (más aún considerando que en la actualidad dichas pruebas pueden llevarse a cabo con un simple hisopado bucal). Sin embargo, ambas alternativas son

igualmente lesivas a la libertad de intimidad resguardada por el art. 19 CN, pues tanto el acto en sí de la comparecencia forzada como el secuestro de efectos personales mediante una orden de allanamiento configuran una invasión a la privacidad del individuo, y, además -salvo que se adopte la postura esgrimida por los dos citados magistrados-, tanto en uno como en otro supuesto el resultado será el mismo: una intervención a la libertad de intimidad que en el caso se proyecta en el "derecho a no saber" acerca de la verdad de sus vínculos.

Lo que ocurre es que en ambos supuestos esta intervención resulta proporcionada porque constituye el único camino posible en nuestro sistema jurídico para garantizar la protección de otros dos intereses fundamentales: el interés del Estado y de la sociedad en averiguar la verdad y perseguir los delitos, especialmente cuando se trata de delitos de lesa humanidad, y el derecho de la denunciante a saber si E. M. P. y G. G. P. son sus nietos. Porque así como constituye un aspecto de la intimidad de éstos el "derecho a no saber", configura una necesaria proyección del derecho a la identidad de la abuela la posibilidad de acceder a la verdad. Y hablo aquí también de identidad, pese a que este derecho no ha sido invocado expresamente en el fallo del máximo tribunal, porque, como señala Mizrahi, "los vínculos filiatorios constituyen una relación, lo que significa decir que no atañen a un solo sujeto sino que -en un sentido amplio- abarcan a toda descendencia en línea directa, comprensiva de la serie de intermediarios o anillos de la cadena que vinculan a una persona determinada con cualquiera de sus antepasados. Desde esta perspectiva, reposando la filiación por lo general en el presupuesto biológico, se deduce sin esfuerzo que la determinación de la identidad genética afecta no sólo a aquel de cuya identidad se trata, sino también a todos los que con éste estén entrelazados por un supuesto vínculo de parentesco". En otros términos, la identidad de las personas es un derecho relacional que involucra necesariamente la perspectiva de otras personas, como los padres, los abuelos, los hermanos, etc.

En definitiva, cuando se encuentran involucrados el derecho a la verdad y a la identidad, tan esenciales para la construcción subjetiva de las personas, y también se presenta el interés estadual y social en perseguir delitos del tenor de los que aquí se denuncian, no cabe, a mi juicio, establecer distinciones entre la adopción de una u otra

medida compulsiva para la obtención de muestras genéticas, en tanto la restricción a la libertad de intimidad que ambas suponen se encuentra plenamente justificada en un juicio de ponderación del que resulta el "peso" de los principios enunciados en primer término. Veremos seguidamente si es posible arribar a idéntica conclusión cuando está en juego la identidad de una persona en el marco de un proceso de filiación, ajeno a la investigación de un delito.

#### h) La proyección de la sentencia en el régimen filiatorio

##### 1.- La doctrina "pro compulsividad"

En el campo doctrinario nacional, y en postura minoritaria, cabe recordar algunos de los sólidos argumentos esgrimidos por autores de la talla de Morello, Grosman, Arianna, Mizrahi, Azpiri y Lloveras<sup>98</sup>, quienes se inclinan a favor de la obligatoriedad de la prueba genética a los fines de determinar el vínculo filial cuando el demandado se opone injustificadamente a su realización.

Los principales fundamentos que se esgrimen pueden sintetizarse del siguiente modo:

- i) la finalidad principal del proceso: la verdad jurídica objetiva;
- ii) la violación del deber de cooperación del demandado (emparentado este punto con la teoría de las cargas probatorias dinámicas);
- iii) la inocuidad de las extracciones de muestras de ADN en el estado actual de la ciencia;
- iv) el derecho a la identidad -de indiscutible jerarquía constitucional- de quien pretende que el órgano jurisdiccional determine uno de

---

98. Ver también, PEPIÓ, R y ROQUIER, L, "La importancia del derecho a la identidad en la determinación de la filiación biológica", en CÚNEO, D. L. y HERNÁNDEZ, C. U. (dirs.), "Filiación biológica..." cit., p. 177 y ss.; y QUADRI, G. H., "El reconocimiento de paternidad en los albores del nuevo milenio", JA 2006-II-468 .

- sus aspectos: la identidad filial<sup>99</sup> ;
- v) los términos de la ley 23511, que no veda la posibilidad de disponer la compulsividad;
  - vi) la obligación estadual de investigar la verdad; y
  - vii) el hecho de que ética y psicológicamente no es lo mismo para el niño la paternidad como "resultado de una ficción" que una verificación científica con un alto grado de verosimilitud.

Comentando el citado caso "Muller" , Morello ha expresado que "por fuerza debe concluirse que el Estado tiene el deber de agotar las seguridades de la investigación de los hechos que se controvierten en la litis, y que no basta con invocar el sentido de la solidaridad social para que se justifiquen muchas de las contraprestaciones que hoy pueden exigirse al individuo, porque con referencia al fundamento de la procedencia de la prueba hematológica no hay ningún motivo para sacrificar tan valiosos y precisos elementos de reconstrucción de la verdad".<sup>100</sup>

En su trabajo Grosman y Arianna afirman: "Cuando se obliga al demandado el sometimiento a una prueba biológica ello no implica forzarlo a una confesión de su calidad paterna. Es sólo un medio para determinar o rechazar la paternidad presunta. Para sostener que es aplicable dicho principio, se debería dar por supuesto que el demandado es el padre y que, entonces, éste tiene el derecho a negarse la realización de una prueba que puede poner en evidencia su condición. Esto significa tanto como decir que mediante un acto voluntario se puede abdicar de la calidad paterna. Y es bien sabido que nuestra ley no autoriza a eludir las responsabilidades derivadas de la procreación, tanto dentro como fuera del proceso judicial... Sabido es que el estado de familia es indisponible y que en los juicios de filiación hay un interés social en la averiguación de la verdad que no se encuentra sólo al servicio de un interés privado. En

---

99 . JÁUREGUI, R. G., "Carga de la prueba y pericias hematológicas", LL 1999-D-968.

100 MORELLO, A, "La obligación de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso (A propósito de la obtención coactiva de sangre para realizar la prueba hematológica)", JA 1991-III-52 [D 0003/1004715-1]. En el mismo sentido, ver Morello, A. y Morello de Ramírez, S, "El moderno Derecho de Familia", Ed. Librería Editora Platense, 2002, pags. 122 y 123.

otros términos, si bien en la base de un juicio de filiación hay un conflicto privado, al mismo tiempo hay un conflicto social, pues a la sociedad le interesa asegurar la responsabilidad procreacional y el derecho del niño a obtener su emplazamiento filial, que constituye un derecho de la personalidad".<sup>101</sup>

Estos autores también esbozan de manera clara la razón última en la cual descansa esta postura que podría denominarse "pro compulsividad" o "pro obligatoriedad", cuando subrayan que negar dicha acción implicaría relegar o sustituir el derecho del hijo a ser declarado como tal sobre la base de pruebas eficientes, por una filiación fruto de un reconocimiento "ficto". No es lo mismo ser hijo por una simple -y por lo general arbitraria- negativa unilateral, que porque así lo indica una prueba científica del alto grado de certeza que presenta en la actualidad la prueba de ADN. Como observan Lloveras y Salomón, "La verdad histórica personal no debe ser presumida, estimada, diseñada, manipulada o ignorada; la verdad histórica -por dolorosa, disvaliosa, inaceptable o rechazable que se la pueda considerar- es el punto inicial de la construcción sana y genuina de la identidad personal".<sup>102</sup>

En esta misma línea argumental, Jáuregui observa que la prueba biológica "Es el único medio que asegura un integral acceso del actor a su derecho a la identidad... Con esto afirmamos que al soportar el ordenamiento jurídico la negativa, privilegia este derecho a no declarar contra sí mismo -haciendo una generosa extensión- y cercena totalmente el derecho a la identidad. Es decir, difieren en métodos, fines y eficiencia...". Y concluye: "No es eficaz la justicia que tolera la neutralización de pruebas certeras, destruyendo de este modo la protección jurisdiccional".<sup>103</sup>

## 2.- La ponderación de derechos en el campo filiatorio: las medidas compulsivas

---

101. GROSMAN, C y ARIANNA, C, "Los efectos de la negativa..." cit.

102. LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M, "La filiación 'presuntiva' y la filiación 'verdadera': la constitucionalidad de la obligatoriedad de las pruebas biológicas", RDF, n. 36, 2007, p. 115. En el mismo sentido, ver, de los mismos autores, "El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, pág. 215 y ss.; y Lloveras, N, "La filiación..." cit., pág. 94 y ss.

103. JÁUREGUI, R. G., "Carga de la prueba..." cit.. En el mismo sentido, ver Bosch, Alejandro E., "La filiación de las personas..." cit.



como garantía de los derechos a la verdad y a la identidad.

Como vemos a la luz del marco teórico constitucional esbozado en el apart. V.a, sumado al aporte de la jurisprudencia penal, a los precedentes civiles antes reseñados y a la reciente jurisprudencia de la Corte que aquí se comenta, no puedo más que afirmar la constitucionalidad de las medidas compulsivas para la realización de las pruebas biológicas en Argentina, tanto cuando implican la compulsividad física como cuando se trata del secuestro de objetos personales a raíz de una orden de allanamiento, de conformidad con la magnitud de los derechos humanos involucrados.

Recuérdese que quienes se muestran contrarios a la compulsividad<sup>104</sup> esgrimen como argumentos centrales la salvaguarda de la libertad de intimidad y la integridad física.

Como consecuencia del avance de las técnicas en la recolección de las muestras, debe dejarse de lado en este análisis el derecho a la integridad física, cuya alegación como fundamentación adversa a la obligatoriedad de las pruebas biológicas ha perdido, claramente, terreno. En efecto, las muestras para el test en los casos más comunes de filiación (o sea, exceptuándose aquellas situaciones donde alguno de los involucrados hubiera fallecido) pueden obtenerse -de hecho, frecuentemente así se hace- por un simple hisopado de la mucosa bucal, que otorga a la prueba el mismo grado de certeza que el de la sangre.

Con respecto a la intimidad o privacidad, habrá que determinar en el caso concreto cuál es el "peso" de este principio frente al derecho a la identidad y el derecho a la verdad, en el marco de la teoría de la ponderación de derechos ya explicada.

---

104. CHERI, P. y ZANNONI, E, "Prueba del ADN", 2ª ed. actualizada y ampliada, 1ª reimpr., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, pág. 194; Bidart Campos, Germán, "La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación", en ED 157-255; LÓPEZ del CARRIL, J, "La filiación", Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, p. 188; DIAZ de GUIJARRO, E, "Valoración probatoria de la negativa..." cit.; DI LELLA, PEDRO, "Paternidad y pruebas biológicas", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 62.

Sobre este enfrentamiento de derechos, Netto Lobo afirma que la ponderación de derechos con igual basamento constitucional debe ser analizada de conformidad con el criterio hermenéutico de balanceo o ponderación de intereses, recomendando que uno se vea sacrificado por el otro. Agregando que "En este sentido, negar el derecho al conocimiento del origen genético es tan lesivo como el principio de la dignidad de la persona humana en cuanto al sometimiento compulsivo al examen. Apenas el caso concreto indicará cuándo uno deberá prevalecer sobre el otro"<sup>105</sup>.

Fácil es advertir cómo la balanza se inclina a favor de los derechos a la identidad y a la verdad, los cuales no resultan integralmente satisfechos mediante la recepción normativa de la negativa como "plena prueba". Así, la obligatoriedad se constituye en la medida más apta para lograr el respeto de tales derechos. Ponderados, entonces, los derechos en juego, y a la luz del principio de proporcionalidad ya explicado, puede concluirse que la extracción compulsiva de muestras de ADN, sea de la propia persona o de sus efectos personales, a los fines de determinar la filiación es una medida idónea, en cuanto constituye una intervención en la libertad de intimidad adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, cual es la protección del derecho a la identidad del requirente; es necesaria, pues si bien podría argumentarse que no es la medida más "benigna" en relación con el derecho intervenido, lo cierto es que entre otros medios alternativos no puede hallarse otra que revista la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto; y es proporcionada en sentido estricto, pues la importancia de la intervención en el derecho fundamental está justificada por la trascendencia de la realización del fin perseguido. Es decir, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en la libertad de intimidad compensan acabadamente los sacrificios que ésta implica para los titulares y para la sociedad en general.

---

105. NETTO LOBO, P. L., "Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária", en Da Cuhna Pereira, Rodrigo (coord.), IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, cit., pág. 527.

**CAPITULO II**  
**DERECHOS FUNDAMENTALES**



## I.- DERECHOS FUNDAMENTALES

Como creemos que toda discusión jurídica acerca del alcance de la prueba de ADN en el proceso penal debe tomar como punto de partida la propia Constitución pasaremos a analizar la existencia de límites jurídico-penales y de orden procesal a la aplicación de las técnicas con fines de investigación y producción de medios de prueba aptos para enervar la presunción de inocencia, podemos decir que la Genética sirve al Derecho pero se encuentra limitada por el Derecho.

Se hace obligada por tanto una reflexión acerca de dos aspectos esenciales: primero, cual es la finalidad del proceso penal, esto es, hasta dónde se quiere llegar en el proceso penal en la indagación de los hechos expuestos en sentido histórico en las respectivas pretensiones procesales, en segundo lugar, que importancia constitucional tiene una resolución judicial, esto es una resolución motivada del juez, en relación con la restricción de cualquiera de los derechos de carácter fundamental. En el proceso penal, al menos en el Derecho Continental, la idea conforme a la cual en él se pretende no la verdad a cualquier precio sino la obtención formalizada de la verdad.

Como se ha indicado más arriba, ciertas diligencias de investigación dirigidas a la constatación de un hecho delictivo, así como a la determinación de su autor pueden requerir la obtención y análisis de materiales biológicos. Ello, como también se ha expuesto, podría, en ciertos casos, entrar en conflicto con algunos derechos fundamentales constitucionalmente protegidos tales como el derecho a la integridad física (si se pretende obtener una muestra biológica a través de una intervención corporal siquiera leve, sin consentimiento del sujeto fuente), el derecho a la libertad personal (pues durante la toma de la muestra se está limitando la capacidad de movimientos del sujeto afectado), o el derecho a la intimidad corporal si la intervención requiere acceder a zonas íntimas) y/o personal-genética (siempre que la muestra biológica sea objeto de análisis para obtener información útil para la investigación, lo cual será lo normal). Y como también se dijo incluso cuando no sea necesaria una intervención corporal para obtener una muestra biológica (lo cual excluiría la afectación a los derechos fundamentales a la libertad, integridad física y en su caso, intimidad corporal). siempre estará presente el derecho fundamental a la intimidad genética y a la protección de datos personales (genéticos), pues las muestras biológicas (dubitadas o indubitadas)

serán objeto de análisis y los resultados serán incluidos en una base de datos de perfiles genéticos.

Ahora bien, que existan varios derechos fundamentales en juego no significa, en modo alguno, que la falta de consentimiento por parte del sujeto fuente impida, en todo caso, la realización de la prueba de ADN y su incorporación al proceso penal. Como reiteradamente ha mantenido nuestro TC, los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto y pueden estar sujetos a limitaciones. Tales límites son tanto los establecidos por la propia Carta Magna en algunos casos (cfr arts. 18.2 y 3 CE), como los que de manera indirecta se deriven de la necesidad de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente reconocidos.

Ejemplo de lo anterior son las SSTC 37/1989, de 15 de febrero (FF.JJ, 7 y 8), o 207/1996, de 16 de diciembre F.J. 4). entre otras muchas esta última se afirma lo siguiente refiriéndose a los derechos fundamentales: “ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del *ius puniend* (...). Así pues, el interés público propio de la investigación de un delito y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal..”. Así pues, la injerencia de los poderes públicos en los derechos fundamentales será lícita, pero siempre que esté sujeta requisitos de legitimidad muy estrictos, de tal modo que la legitimidad de dicha injerencia dependerá del grado de afectación de los concretos derechos fundamentales implicados, siendo más rigurosa la exigencia y el control de tales presupuestos de legitimidad, cuanto mayor sea el grado de afectación del derecho fundamental.

En definitiva, la obtención de la verdad material en el proceso, aunque se halle ordenada al buen y atendible fin de asegurar la satisfacción del interés colectivo de la eficaz persecución de los autores de hechos delictivos, está sometida a un conjunto de garantías procesales, que benefician en primer lugar a los imputados o procesados, pero que contribuyen al mismo tiempo a reforzar la credibilidad del sistema.

1) El principio de legalidad o reserva de ley:

A la vista de las posibles afectaciones -con diferente intensidad- de diversos derechos fundamentales vinculadas tanto con las intervenciones corporales para la obtención de muestras biológicas indubitadas, como con la realización misma de los perfiles de ADN, y a la vista también de la valiosa información de utilidad forense que aportan (sin olvidar su posible archivo para consultas relacionadas con futuros delitos), ha de insistirse en que esta clase de investigaciones debe estar regulada por la ley - principio de legalidad o de reserva de ley- y sometida a toda clase de garantías, las que sean necesarias para salvaguardar tales derechos.

El principio de legalidad en la limitación de derechos fundamentales emana (siquiera indirectamente) de la propia Constitución a través del art.53.1 según el cual, “...los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a...” De este modo, toda restricción de derechos fundamentales deberá realizarse por Ley y, además, deberá respetar en todo caso, el contenido esencial de los derechos afectados.

Dice, a este respecto, la STC 207/1996, de 16 de diciembre, que “(...) *toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal, por su afectación al derecho fundamental a la integridad física (y, en su caso, de la intimidad), no puede ser autorizada por la vía reglamentaria, sino que ha de estar prevista por la Ley...*”. Ello debe completarse con lo dispuesto en el art. 81.1 CE, a fin de determinar la naturaleza de la norma legal referida. Según este precepto, “*son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (...)*”.

La necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física está establecida expresamente en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye tales

derechos dentro del más genérico derecho «al respeto de la vida privada y familiar».

Pues bien, el apartado 2 del mencionado art. 8 expresamente señala que “...no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley (...)”. Así pues, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que cualquier injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 14 a 29 y 30.2 CE), tanto incida directamente su desarrollo como que limite o condicione su ejercicio, comporta una reserva legal, a través de la cual se satisface el objetivo de que los derechos de los ciudadanos reconocidos constitucionalmente no se vean afectados por ninguna injerencia estatal más allá de la establecida por sus representantes públicos<sup>106</sup>. Dicha Ley debería, además, tener el rango de Ley Orgánica.

Además, el TC<sup>107</sup> ha entendido que la habilitación legal para la práctica de intervenciones corporales (no consentidas) como diligencias de investigación en el proceso penal no queda cubierta con disposiciones genéricas de carácter procesal que autorizan al juez a la realización de este tipo de pericias, tales como los arts. 331 y 339 LECrim. pues “...la autoridad judicial podrá acordar, entre muchos otros de distinta índole, el análisis pericial de cualesquiera elementos del cuerpo humano (tales como sangre, semen, uñas, cabellos, piel, etc.) que hayan sido previamente aprehendidos en alguno de los lugares previstos en la norma, pero no encontrará en ésta el respaldo legal necesario para ordenar la extracción coactiva de dichos elementos de la persona del imputado...”

Una resolución posterior, la STC 49/1999, de 5 de abril, incide en esta idea y exige una vinculación a la Ley aún más rigurosa. Así, de la misma se desprende que no bastará cualquier previsión legal de la posibilidad de utilizar intervenciones corporales como diligencias sumarias de investigación sino que debe tratarse de una norma legal que prevea los presupuestos y condiciones en los que procede la realización.

Así, dice esta sentencia: “... desde las exigencias de seguridad jurídica y certeza del Derecho hemos proclamado el principio legalidad en el marco de la injerencia en el derecho a la intimidad. Así en la STC 37/1989, afirmamos que lo que la protección de

---

106. STC 49/1999, de 5 de abril ( FJ.4) GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso penal.

107. STC 207/1996 FJ6 Esta decisión modifica a doctrina anterior contenida en la STC 37/1989 de 15 de febrero.



*la intimidad reclama es una decisión judicial motivada en una inexcusable previsión legislativa. Con ello, afirmábamos que no sólo que la existencia de una previsión legal es inexcusable; sino que la resolución judicial que autorice la injerencia en la intimidad ha de hallarse fundamentada en la ley, de lo cual se infiere que la ley ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones dicha intervención...”*

No obstante lo anterior, si bien es cierto que el TC ha venido exigiendo de forma reiterada, con carácter general, la existencia de una norma de rango legal cuando se trata de llevar a cabo intervenciones corporales, tanto cuando se ve afectado el derecho fundamental a la integridad física como a la intimidad, lo cierto es que en la práctica no ha aplicado este requisito de manera rigurosa, no ya porque en algunos casos ha considerado suficiente una ley ordinaria, sino porque, en otros, ha admitido la validez de ciertas intervenciones corporales con ausencia de cobertura legal, como se apunta en la referida STC 207/1996.

En nuestro ámbito de estudio, el de los perfiles de ADN en el proceso penal, la exigencia de previsión legal queda suficientemente cubierta con el art. 778.3 LECrim y especialmente tras las reformas introducidas (con rango de Ley Orgánica) en la LECrim por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la cual introdujo los nuevos arts. 326.III, 363.II y la Disposición adicional tercera.

De acuerdo con el art. 778.3 LECrim, “...el Juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis- pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se le señale...”. Este precepto legal puede, no obstante, plantear algunas dudas, especialmente en relación con la posibilidad de ser título habilitante suficiente para obtener muestras biológicas sin consentimiento del afectado que requieran una intervención corporal, al no tener el rango de Ley Orgánica.

Además, este artículo se ocupa únicamente de la toma de vestigios biológicos en el seno del procedimiento abreviado (previsto para delitos que no superen los nueve años de prisión). Por tal motivo, este precepto, que en nuestra opinión tenía que haber sido revisado al introducirse los preceptos de la LECrim en 2003, con el fin de dotarle coherencia con ellos, plantea problemas de aplicación o, si se prefiere, los genera a los

otros.

El más relevante, a nuestros efectos, es el art. 363 LECrim, según el cual:

*I.- “...Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia. II.- Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad...”.*

Esta regulación debe ser completada con lo dispuesto en la Disposición adicional tercera de la LO 10/2007, que es mucho más explícita:

*“....Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a del apartado I del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”*

Esta regulación de la LECrim claramente habilita al Juez de Instrucción a ordenar, como diligencia de investigación, la prueba de ADN ( tanto la toma de la muestra como su análisis posterior) cuando el sujeto afectado no consienta la misma. Ahora bien, es más dudoso que la misma ampare una intervención corporal coactiva frente a la negativa firme del sujeto fuente.

Por último, cabe añadir que la reserva de ley contribuye a dar satisfacción a otro principio esencial que emana del principio de legalidad: la seguridad jurídica. Para que ésta sea efectiva, la ley ha de desarrollar todos los principios y reglas jurídicas con la minuciosidad, certeza y precisión necesarias, de forma que no queden los aspectos relevantes excesivamente ambiguos y puedan así ser aplicados correctamente por los jueces u otras autoridades que puedan tener atribuidas estas competencias (p. ej., el Ministerio Fiscal).

En cualquier caso, si bien esta regulación ha intentado resolver los problemas

derivados de una ausencia total de cobertura legal, hay que señalar que en absoluto han quedado resueltos todos los problemas que pueden plantearse en este ámbito. En efecto, esta regulación únicamente resuelve cuestiones extremadamente puntuales, quedando numerosas cuestiones sin resolver.

## 2) El principio de intervención judicial a través de resolución motivada:

A diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (tales como las entradas y registros en domicilio -art. 18.2 CE-, o la intervención de las comunicaciones -art. 18.3 CE-), en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, no existe en la Constitución reserva absoluta de resolución judicial, con lo que se plantea el problema relativo a si sólo pueden ser autorizadas, al igual que aquellas otras, por los Jueces y Tribunales, esto es. mediante resolución judicial.

En relación con la práctica de diligencias que pudieran suponer una limitación del derecho fundamental a la intimidad, la STC 37/1989<sup>108</sup> señala que ello es “...*sólo posible por decisión judicial...*” (F.J. 7), aunque sin descartar la posibilidad de que. en determinados casos, y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba), tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial (F.J. 8). Esta misma exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta, aplicable, según la STC 207/1996<sup>109</sup> a aquellas diligencias que supongan la extracción de una muestra del cuerpo de una persona (o la exploración o intervención corporal), sin excluir, ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial (o al Ministerio Fiscal) para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad,

---

108. En ella se afirma lo siguiente “...la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responde a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad...”

109. En ella se deja ver que las diligencias corporales que no afectan al derecho a la intimidad corporal si pueden vulnerar, en cambio, el derecho a la intimidad personal de contenido más amplio que aquel. Recordando que la diligencia en cuestión consiste en el rasurado de cabello para su posterior análisis pericial a los efectos de determinar la condición o no de consumidor de estupefacientes. Añade la Sentencia que “... El conocimiento por la sociedad de que un ciudadano es consumidor habitual de drogas provoca un juicio de valor social de reproche que lo hace desmerecer ante la comunidad(...) La incidencia en el derecho a la intimidad personal se acentúa en un caso como el presente por la condición de guardia civil del imputado.

la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Esta laxitud en la configuración del principio de jurisdiccionalidad ha sido, no obstante, criticada por un sector de la doctrina científica, que entiende que *“...la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales afectados que suponen las intervenciones corporales exige necesariamente su autorización judicial (...), ya que son los órganos jurisdiccionales los garantes de que dichas injerencias no traspasen el límite de la proporcionalidad y, por tanto, de lo constitucionalmente admisible...”*. Al estar los jueces sometidos exclusivamente al imperio de la ley y a ningún otro órgano o poder político en los sistemas jurídicos configurados como un Estado de Derecho, se garantiza que, de este modo, las previsiones de la ley en esta materia se aplicarán con la necesaria independencia y ponderación.

La legislación española vigente al respecto exige de manera indiscutible la intervención judicial para ordenar diligencias de investigación que requieran la toma de muestras biológicas de una persona (arts. 363.11 LECrim. y Disposición adicional tercera de la LO 10/2007 - *“...requerirá en todo caso la autorización judicial...”*-), así como para proceder al análisis de las mismas (art. art. 363.1 LECrim). Si bien el tratamiento de datos genéticos se hará automáticamente conforme a las disposiciones de la referida LO 10/2007, el art. 5.1 de la misma dispone que *“(...) corresponderá a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios...”*.

No es tan clara la unanimidad sobre si debe ser preceptiva la intervención directa del juez o su autorización cuando se trata de recoger vestigios biológicos hallados en el escenario del crimen, o cuando han sido abandonados en otro lugar voluntariamente por el sujeto sospechoso o sujeto de investigación policial. La cuestión se plantea con mayor crudeza si existe una necesidad urgente sobre la recogida del material en caso de riesgo de que la misma se destruya, se degrade o se contamine, como suele ocurrir con los vestigios biológicos.

A este respecto, no parece que, tratándose de la prueba de perfiles de ADN vayan a darse casos de extrema urgencia que hagan conveniente excepcionar el requisito de intervención judicial para su práctica, pues la muestra puede obtenerse en cualquier

momento, siendo ésta inmutable e inalterable en cuanto a sus características.<sup>110</sup> Y en cualquier caso, siempre va a ser necesario su análisis posterior, el cual, como hemos visto, también exige una orden judicial, no siendo fácilmente imaginables supuestos que requieran la previsión de excepciones al respecto tampoco respecto de la realización del análisis genético. Donde sí que pueden darse supuestos de urgencia es en la recogida de vestigios biológicos en el lugar del crimen, situación que sí está expresamente regulada.

Pero la recogida de estos vestigios sin intervención judicial, más aún si está legalmente prevista, puede admitirse sin demasiada dificultad dado que no hay ningún derecho fundamental involucrado. Sí podrá haberlo, en cambio, en relación con su posterior análisis, por lo que en esa fase ulterior sí se requerirá, como exige la Ley una disposición en tal sentido del Juez de Instrucción.

No obstante lo anterior, ni el mismo Juez goza de una absoluta discrecionalidad en este ámbito, con el fin de prevenir cualquier manifestación de arbitrariedad. Para el logro de tal objetivo el Juez deberá dictar una resolución motivada sobre la pertinencia de la realización de la prueba, con el fin de garantizar la satisfacción tanto del principio de contradicción, como que su decisión estará fundamentada materialmente en el principio de proporcionalidad.

Sobre esta cuestión también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, afirmando, en el sentido indicado, que *“...el deber de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de los derechos fundamentales no encuentra su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, en relación con el art. 120.3 CE), ni se satisface, pues, con cualquier forma de motivación que permita conocer la ratio decidendi de la resolución judicial (por todas, SSTC 128/1995 y 158/1996). La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida (SSTC 37/1989 y 7/1994, entre otras). Por esta razón, y a fin también de posibilitar un eficaz ejercicio de los recursos, es doctrina reiterada de este*

---

110. Así MORA SÁNCHEZ J. M, “Aspectos Sustantivos y procesales de la tecnología de ADN”. Ed. Comares, 2001 pag.175.

*Tribunal que la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo (SSTC 128/1995 y 158/1996. 181/1995 y 54/1996), todo ello sin perjuicio de que se produzca o no. además, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 158/1996)...”.*

Así pues, las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales necesitan una motivación especial, que exprese la base legal que permite dicha restricción y la ponderación judicial sobre la proporcionalidad de la medida en el caso concreto. Más en concreto, señala GÓMEZ AMIGO<sup>111</sup> que “...el auto deberá expresar o hacer mención de las sospechas fundadas o indicios que permiten considerar al sujeto pasivo de la medida como imputado (o, en su caso, tercero instrumento del delito) de un hecho punible para cuya averiguación es idónea la medida de intervención corporal adoptada; que la misma es imprescindible para ello porque no está dirigida a la obtención de meros indicios sino a preconstituir la prueba de los hechos, y no existe otra medida suficientemente idónea, pero menos restrictiva del derecho fundamental afectado; finalmente, deberá concretar la medida que debe practicarse y su forma de ejecución, cuando de que no resulte desproporcionada con respecto a la gravedad del delito investigado...”

### 3) El principio de proporcionalidad:

Según doctrina reiterada del TC, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas. SSTC 120/1990. 7/1994 y 143/1994), y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal (por todas, SSTC 37/1989, 85/1994 y 54/1996) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Así pues, la decisión de la autoridad judicial de acordar la práctica de la prueba debe estar presidida por el principio de proporcionalidad de sacrificio.

Conforme a este principio deben ponderarse los intereses que entran en conflicto, a saber, los intereses de un particular, consistentes en el respeto de sus

---

<sup>111</sup> GOMEZ AMIGO L. “Las intervenciones corporales como diligencias de investigación Penal” Aranzadi, 2003. Pag. 97

derechos fundamentales, por un lado, y el interés público en la persecución de los responsables de hechos delictivos, por otro. Debe tenerse en cuenta que en esta segunda parte de los elementos de ponderación pueden hallarse, asimismo, derechos fundamentales de personas concretas (p. ej., el derecho a la tutela judicial efectiva por parte de la víctima o incluso, del propio imputado, art. 24 CE).

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, la medida limitadora de un derecho fundamental debe ser idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. Dicho de otro modo, tal principio impone comprobar lo siguiente:

- a) si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad),
- b) si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad);
- c) si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

El principio de proporcionalidad comporta proceder a una ponderación entre la intromisión en la integridad y la intimidad del sujeto y otros derechos fundamentales que pudieran ser sometidos a alguna restricción, por un lado, y la finalidad perseguida, por otro, teniendo en cuenta, en este caso, la gravedad del delito, el grado de importancia de la medida y las perspectivas de éxito de la misma.

Del cumplimiento de estos presupuestos dependerá que la concreta medida adoptada y practicada respete los derechos fundamentales en juego. Sólo de este modo la fuente de prueba obtenida será lícita y podrá ser utilizada a efectos probatorios en el proceso penal. O dicho de otro modo, si la medida adoptada no cumple dichos presupuestos de legitimidad constitucional, con la misma se habrán vulnerado los derechos fundamentales afectados y la fuente de prueba deberá ser considerada ilícita. En consecuencia, sus resultados no podrán ser introducidos en el juicio oral a través de ningún medio de prueba<sup>112</sup>.

Esta ponderación ha de ser realizada por el Juez y plasmarse asimismo en la

---

112. El art 11.1 LOPJ “... *En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales....*”



motivación escrita de tal acuerdo con el fin de que, en virtud del principio de contradicción, el sujeto pueda oponerse si manifiesta su desacuerdo con la decisión judicial y ejercer de este modo su derecho de defensa. Por consiguiente, que el Juez exprese mediante una resolución motivada el resultado de su ponderación, consecuente con la aplicación del principio de proporcionalidad, es casi tan importante como la ponderación misma.

Tratándose de la prueba de ADN en procesos penales, no cabe duda, de que tanto la obtención de muestras biológicas de la persona objeto de pericia, como el posterior análisis del ADN están sobradamente justificados con carácter general, desde el punto de vista del juicio de idoneidad, pues tanto como otros resultan del todo adecuados, útiles y apropiados en relación , con el fin perseguido. Por otro lado, las referidas exigencias generales pueden concretarse en una serie de exigencias específicas a saber:

a) *Exclusión si la obtención de la muestra puede comportar un daño físico o psíquico:*

En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud (STC 7/1994). Ya vimos que esta situación, sin embargo, ocurrirá de forma muy excepcional.

b) *Obtención de la muestra que resulte menos perjudicial*

De entre todas las formas existentes para obtener una muestra biológica de un individuo para proceder a la realización de un análisis de ADN, el juez deberá ordenar que se practique aquella que resulte menos lesiva o perjudicial. Es decir, que si basta con la saliva, no estará justificada la orden de extraer sangre.

c) *Personal apto para realizar la extracción de la muestra*

Según la STC 7/1994, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario, que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características. Así deberá serlo si se trata de llevar a cabo una extracción de sangre, pero parece excesivo requerir la intervención de un profesional sanitario para tomar muestras de saliva de la cavidad



bucal con un hisopo estéril.

*d) Respeto de la dignidad humana*

La práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos estos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts. 10.1 y 15 CE).

*e) Limitación para ciertos delitos*

Nada explícito se señala en el conjunto de normas aplicables sobre los delitos a los que queda reservada la práctica de obtención de identificadores a partir del análisis del ADN. El principio de proporcionalidad conduce a reservar este tipo de prueba, por lo que comporta, según lo visto más arriba, de afectación a derechos fundamentales, a delitos particularmente graves. En esta dirección, los tribunales han limitado la práctica de la prueba de ADN a delitos graves, en aplicación del principio de proporcionalidad.

Así por ejemplo, la SAP de Sevilla de 24 de septiembre de 2002 resuelve la apelación contra una sentencia absolutoria dictada en un juicio de faltas. El recurso se fundamentaba en indefensión por denegación de la prueba de ADN. La denuncia versaba sobre unos escupitajos que presuntamente el denunciado había lanzado en la fachada de la casa del denunciante. El recurrente pretendía que se analizaran los mismos y se cotejaran con el ADN del denunciado. La Audiencia desestima el recurso con fundamento en los criterios de racionalidad y proporcionalidad, señalando que “...*este criterio conduce a negar que para acreditar infracciones de mínima gravedad y trascendencia social, como lo es una falta semipública, sean exigibles medios probatorios como una identificación de ADN, técnicamente complejos y muy costosos económicamente y que además exigen la colaboración del imputado aportando una muestra de sus fluidos corporales. El despliegue de medios públicos, materiales y humanos, que sería necesario para llevar a cabo la prueba propuesta no se justifica por el interés público en juego en el supuesto enjuiciado, cuando tales recursos limitados apenas sí dan abasto para abarcar los casos de grave trascendencia en los que habitualmente se recurre a este medio de investigación (...)*”.

No obstante esta falta de regulación, debe recordarse que sí se ha contemplado un criterio legal para la inscripción de los identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos policial creada por la LO 10/2007. En efecto, bien podría valer como

criterio referencial lo dispuesto en la Disposición adicional tercera en conexión con el art. 3.1.a) de dicha norma legal, conforme a los cuales la toma de muestras y fluidos se hará para la investigación de determinados delitos que señala aquélla. Estos son delitos graves y , en todo caso , los que afecten la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de delincuencia organizada la recogidos en los artículos 282 bis apartado 4 de la LECrim en relación con lo delitos enumerado

*f) Adecuación subjetiva. El problema del sospechoso*

Por lo que respecta a la adecuación subjetiva al principio de proporcionalidad, un sector doctrinal entiende que la legislación vigente incumple dicho principio. Así el art. 363.II LECrim dispone que “...el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas *del sospechoso...*”. Por su parte, la Disposición adicional tercera de la LO 10/2007 habla de la posibilidad de “...la toma de muestras y fluidos *del sospechoso, detenido o imputado...*”. Así se ha dicho que las diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales sólo pueden aplicarse sobre aquél a quien el órgano jurisdiccional, con base en indicios serios o sospechas fundadas, le atribuya la participación en el hecho punible. Por ello, según un sector de la doctrina, solo podrían practicarse sobre aquél a quien se imputa judicialmente la participación en el hecho punible investigado, con base en indicios fundados y suficientes pero no sobre el mero sospechoso. Sin embargo, otros autores sugieren que el empleo del término sospechoso ha sido meditado, pretendiéndose abarcar a sujetos que no tienen propiamente la condición de imputado, por no existir aún indicios suficientes de criminalidad. Hemos de destacar en este sentido la reciente reforma

Un vez aprobada la LO 10/2007, parece que esta interpretación más amplia resulta la más conforme con la voluntad del legislador, dado que se distingue claramente entre imputado y sospechoso, abarcando ahora también a los detenidos. Como se verá en otro lugar, el principal problema respecto a la mención del sospechoso, es definir su concepto jurídico y delimitar su estatuto jurídico en relación con la realización de las pruebas de ADN y, en particular, la inscripción de sus perfiles en la base de datos policial y el ejercicio de los derechos relacionados con esa inscripción.

Especial mención merece en este sentido la reciente Reforma operada por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que sustituye el vocablo imputado por investigado y encausado, según la fase procesal.

*g) Idoneidad de la prueba para el caso concreto*

Debe tratarse de una prueba idónea, en el sentido expuesto. Por ello, no resultará proporcionada su práctica en casos de evidencia absoluta de culpabilidad por haber sido detenido *in fraganti* el imputado o por su propio reconocimiento de los hechos. Del mismo modo, si el imputado ha podido demostrar con evidencias que él no ha sido el autor de los hechos, por ejemplo, porque era imposible que estuviera en el lugar y momento de los mismos, no se podrá entender que la acusación tenga derecho a que se practique la prueba de ADN.

*h) Partes del ADN susceptibles de análisis y cuantificación de la información obtenida*

Los análisis genéticos que recaigan sobre las muestras obtenidas deberán realizarse sobre el ADN no codificante, ya que ello permite alcanzar idénticos fines que con el codificante, siendo el derecho a la intimidad genética afectado en un grado menor, dada la naturaleza de la información que cabe obtenerse de cada uno de ellos. Es más, siendo el fin último la identificación de una persona, el estudio del ADN no codificante resulta más eficaz para dicho cometido. Sobre esta cuestión, la Recomendación núm. R (97) 5. ya citada, señala que "los datos sólo deben emplearse para establecer si hay un vínculo genético en el conjunto de pruebas aportadas, para prevenir un peligro real o para reprimir un delito específico. En ningún caso deben emplearse para determinar otras características que pueden ser establecidas genéticamente» (principio 4.8).

En todo caso, incluso aunque el ADN analizado fuera de la zona indicada de aquél, sólo deberá obtenerse la información estrictamente necesaria para poder lograr la identificación de la persona de la que proviene la muestra.

*i) ¿Pruebas masivas de ADN?*

Otra consecuencia de la observancia del principio de proporcionalidad es la ilegitimidad de la imposición de pruebas de perfiles de ADN a grupos de población

(pruebas masivas de ADN), pues supone una quiebra de dicho principio. Al tener que ser motivada la decisión judicial, esta exigencia es incompatible con la decisión de realizar tales pruebas de forma indiscriminada sobre grupos de población. Aquella, la motivación de la decisión judicial, sólo puede sustanciarse sujeto a sujeto, exponiendo los aspectos específicos relacionados con él que justifiquen la idoneidad y necesidad de la prueba. Este proceder no es incompatible con que el acuerdo someter a las pruebas de ADN a un conjunto de individuos, siempre que haya observado escrupulosamente el principio de proporcionalidad y se haya procedido a su motivación de forma singularizada.

*j) Exclusión de la fuerza para la obtención de la muestra*

Teniendo en cuenta que debe partirse de la menor injerencia posible en la libertad y la intimidad de la persona, estimamos que la ley, aunque podría establecer la imposición obligatoria de estas pruebas -así como las intervenciones corporales en general-, debería excluir, sin embargo, los exámenes coactivos, esto es, empleando la fuerza, sin perjuicio de los efectos jurídicos que puedan derivarse de la decisión del interesado de negarse a su sometimiento sin justificación aparente.

## II.-LA HUELLA GENÉTICA

Nos hemos referido en la primera parte de este capítulo a los derechos que envuelven a esta prueba, los principios que deben respetarse para su obtención, etc. Nos parece oportuno en este apartado realizar algunas consideraciones que la hacen diferente a otras. Ya sea teniendo en cuenta aspectos técnicos, como las modificaciones que desde su descubrimiento a significado para la investigación de los delitos obligando de algún modo que se les dé un tratamiento distinto.

### 1) Introducción

En relación con el Derecho español en el proceso penal, hasta la reforma de la

LECrim por LO 15/2003 no contaba con una regulación legal específica de la materia, a pesar de disponer ya de algunos antecedentes prelegislativos. Las previsiones de la LECrim sobre la prueba o informe pericial (arts. 456 y ss.) no eran suficientes ni adecuadas para adaptarse a las exigencias específicas que requiere la determinación de los perfiles de ADN. Por su parte, la LOPJ de 1985 establece que “...no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales...” (art. 11.1). Este precepto es de capital importancia en relación con el logro de análisis de ADN obtenidos por medio de la imposición coactiva si no se hallan establecidas por la ley que es lo que debería acometer el legislador español, así como cuando se han obtenido muestras del interesado sin su consentimiento pero sin emplear ningún tipo de violencia. No obstante la jurisprudencia ha apuntado que la negativa a someterse a una intervención corporal puede suponer un delito de desobediencia a la autoridad o sus agentes (respecto al art. 237 del anterior CP de 1973), siempre y cuando aquella se ordene de forma adecuada.<sup>113</sup> Téngase en cuenta, no obstante, el previsible escaso efecto intimidatorio de este delito para el desobediente, si por este medio se logra eludir la responsabilidad por otro delito mucho más grave, del que es objeto el proceso que originó el acto de prueba rechazado.

Hasta la reforma de la LECrim España era uno de los pocos Estado europeos que todavía no habían legislado sobre la utilización de éstas técnicas como medio de prueba en el proceso penal, y era imprescindible pues de conformidad con lo expuesto más arriba, debía estar sometido al principio de legalidad, dados los derechos fundamentales de las personas que pueden verse afectados. La LO 15/2003 de reforma del CP ha incluido en tres brevísimos preceptos los aspectos más relevantes, siguiendo muy de cerca los trabajos preparatorios que elaboró el Ministerio de Justicia en 1999 y 2000 con el asesoramiento de una comisión de expertos que convocó al efecto. Se trató, en el mejor de los casos, de una reforma pintoresca y precipitada y probablemente provocada por algunos hechos delictivos graves que produjeron alarma social y en los que el hallazgo de vestigios biológicos fue importante para la investigación policial, y en el peor, fruto de la inobservancia de determinados procedimientos constitucionales. En todo caso comporta un avance, al dar satisfacción, bien que mínimamente al principio de legalidad. No obstante, esta decisión significa al mismo tiempo que se ha renunciado

---

113. STS 7 de junio 1994

por el momento a una regulación más minuciosa de esta clase de pruebas, lo que ha generado algunos importantes escollos para la aplicación del régimen legal tan esquemáticamente establecido.

La obtención y análisis del material biológico de origen humano en el proceso penal puede tener un tratamiento jurídico diverso atendiendo a distintas variables. Por un lado, habrá que tener en cuenta si los materiales necesarios han de ser obtenidos del cuerpo del sujeto fuente o se encuentran separados del mismo. Por otra parte, es relevante, especialmente en el primer caso, que el sujeto fuente consienta su extracción o se niegue a ello. Y finalmente, puede tener ciertos intereses, igualmente, el hecho de que las muestras biológicas que se están utilizando sean dubitadas (no se conozca la identidad del sujeto del cual proceden) o indubitadas (esté acreditada la identidad del mismo).

## 2) Las Huellas Genéticas como actos de investigación :

Una de las peculiaridades del examen de perfiles de ADN es que éste se realiza dentro del proceso penal tan pronto como sea posible, dado que sus resultados pueden ayudar a la identificación de los autores de los hechos objetos de investigación. Por lo que este estudio genético habitualmente se llevará a cabo en la fase de instrucción, lo cual significará que nos hallamos ante una diligencia o acto de investigación.

En la praxis judicial estos análisis son utilizados, asimismo, como medios probatorios, con la especialidad de que la práctica de los mismos acaece en un momento procesal anterior al previsto en la ley, es decir tendrán cabida en las pruebas preconstituídas.

Así los actos de investigación están encaminados a la averiguación del delito y a la identificación de delincuente, cuya finalidad es preparar el juicio oral brindando los elementos necesarios para tal fin. La investigación va dirigida al descubrimiento y a la comprobación de los hechos y circunstancias que puedan influir en la calificación de los delitos objeto de investigación, así como de su autoría. También sirven para evidenciar la ausencia de algún presupuesto condicionante de la apertura del juicio oral. Los actos de investigación sirven tanto a la acusación como a la defensa y se dirigen esencialmente a facilitar a las partes la fundamentación fáctica de sus respectivos

escritos de calificación. Por el contrario, con la prueba se pretende formar la convicción del juez sobre la veracidad de los hechos sustentados por las partes, y se encamina a la destrucción de la presunción de inocencia. La prueba se sustancia en el juicio oral, de modo que se facilite el llamado principio de contradicción.

En definitiva los actos de investigación sumarial deben distinguirse claramente de los actos de prueba. Tales actos de investigación (por ejemplo, declaraciones del imputado y de testigos, informes periciales, etc.) no se convierten automáticamente en actos de prueba, de tal manera que puedan ser utilizados por el órgano judicial decisor en la motivación de su sentencia condenatoria. La fundamentación de la sentencia deberá basarse, como claramente dispone el art. 741 LECrim. En las pruebas practicadas en el juicio.

Dentro de los actos de investigación que la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula en el Título V del Libro II Capítulo III, que está dedicado a la identificación del delincuente y de sus circunstancias personales, regulando así una serie de diligencias en los artículos 368 a 383. Distinguiendo en la identificación formal; que consiste en averiguar la identidad del delincuente, es decir un conjunto de circunstancias personales como su nombre, apellido, fecha de nacimiento, etc; y la identificación material que tiene por objeto determinar físicamente la persona que ha tomado parte en un hecho delictivo, esto es señalar el presunto autor directamente. La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece en su artículo 373 y siguientes una serie de actuaciones encaminadas a averiguar la identidad y el conjunto de circunstancias personales del presunto delincuente, aunque existen otros medios como las fotografías, grabaciones magnetoscópicas y los marcadores de ADN. En las normas que regulan el Derecho Procesal, se establecen los procedimientos para que la práctica de cualquier tipo de prueba alcance eficacia ante los Tribunales. La prueba tiene que ser lícita y reunir una serie de requisitos para que pueda ser admitida y ulteriormente valorada por los Tribunales. Esta parte del Ordenamiento Jurídico afectará por tanto a la prueba de ADN con fines de investigación criminal en el procedimiento penal y con fines de investigación de la filiación en el procedimiento civil.

Lo cierto es que, por su propia naturaleza las pruebas periciales del ADN no son de fácil reproducción ni pueden por ello practicarse en el juicio oral, por lo que son tenidas, a modo de excepción -igual que existen otras, como las alcoholimétricas- como

ya practicadas, dando lugar a la llamada prueba preconstituída, sin perjuicio de que los peritos deban comparecer en el juicio oral, si es preciso, para ratificarse en lo sostenido en su pericia, garantizando de este modo que las partes en el proceso puedan alegar lo que convenga a sus intereses (impugnar el contenido del informe pericial o su veracidad, proponer una contraprueba, etc.) respetando así el principio de contradicción.

A este respecto, la STS de 26 de marzo de 2010 señala que la ratificación de la pericia no debe hacerse necesariamente por la persona que ha realizado la prueba pericial; así dice que *“....aunque hubiera comparecido cualquier otro funcionario del organismo oficial, ya hemos dicho con reiteración que los peritajes de los laboratorios oficiales, que funcionan con métodos de colaboración y reparto de funciones, pueden ser ratificados por cualquiera que trabaje en el centro oficial...”*. Al tratarse de una prueba pericial permite la contrapericia (o contraanálisis, en este caso), pues al ser muy técnica y cualificada, tiene interés procesal que un perito de parte ponga de manifiesto los puntos débiles de que pudiera adolecer la primera.

Las grandes áreas de estudio de la genética forense en las que la tecnología del ADN para su utilización ante los Tribunales, ha tenido un gran impacto son por un lado la identificación de vestigios biológicos de interés criminal y por otro la investigación biológica de la paternidad y/o maternidad en distintos supuestos y por último la identificación de restos cadavéricos.

Además de estas aplicaciones, hoy rutinarias en la mayoría de los laboratorios de genética forense, hemos de apuntar también una de las investigaciones básicas que los laboratorios realizan para poder llevar a cabo dichas aplicaciones. Se trata de las bases de datos poblacionales, que nos permiten valorar las frecuencias de las distintas variantes genéticas en la población de referencia y, por tanto, son herramientas indispensables para poder realizar una valoración estadística cuando estamos ante una prueba positiva de paternidad o ante una identificación. Estas bases de datos meramente poblacionales, y por tanto anónimas, son necesarias para utilizar determinados datos de la casuística con fines científicos o estadísticos.

### 3) Actos de investigación:

#### i) Intervenciones corporales:

En el marco de las diligencias de investigación en el proceso penal, los poderes



públicos han de practicar en ocasiones diversas diligencias que tienen por objeto el examen (superficial o en profundidad) del cuerpo humano de una persona viva. La utilización del cuerpo humano de una persona viva (el del imputado o el de un tercero) como fuente de prueba en el proceso penal es posible esencialmente cuando en el interior del mismo se oculte el cuerpo o los efectos del delito o para obtener a partir del mismo pruebas biológicas o de otro tipo que permitan identificar al imputado y determinar su participación presunta en el hecho delictivo. Ello puede afectar a los derechos fundamentales de la dignidad (art. 10 CE), la integridad física (art. 15 CE), la intimidad personal (art. 18 CE), la libertad deambulatoria (art. 19 CE) y al derecho a no declarar contra sí misma (art. 24.2 CE) de la persona que se ve sometida a alguna de las diligencias que con este fin pueden practicarse, por lo que se impone. Se plantean por tanto situaciones de conflicto entre los derechos individuales y el interés público en la averiguación y persecución de los delitos. La doctrina y la jurisprudencia ofrecen distintas soluciones en función del tipo de intervención y, en consecuencia, del derecho que pueda verse afectado.

Pese a ser diligencias encaminadas principalmente a recopilar información útil para el esclarecimiento de los delitos y de las circunstancias en que se han cometido, las intervenciones corporales son también frecuentes en otros ámbitos al margen de la investigación penal, como pueden ser las investigaciones que lleva a cabo la Administración aduanera o la Administración penitenciaria, o los cacheos policiales (como diligencia de prevención y por tanto fuera del marco de la investigación en un proceso penal ya abierto). También pueden llevarse a cabo en el seno de procesos cuyo conocimiento corresponda a otros órdenes jurisdiccionales, (como la investigación de la paternidad en el proceso civil). No obstante, a todas las intervenciones corporales le es de aplicación la doctrina general, independientemente del orden jurisdiccional dentro del cual se lleven a cabo, si bien será en el orden penal donde resulten por lo general más útiles.

Las intervenciones corporales pueden en consecuencia ser definidas como aquellas diligencias de investigación penal que se practican sobre el cuerpo de la persona viva (pues en otro caso estaríamos hablando de autopsias), y que inciden (o pueden incidir) de modo grave en sus derechos fundamentales, especialmente los

derechos a la integridad física y a la intimidad y cuya finalidad es bien descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, bien encontrar objetos escondidos en él.<sup>114</sup>

Pueden plantearse, por lo tanto, problemas para los que hasta el momento, ni el Tribunal Supremo ni el Tribunal Constitucional han proporcionado respuestas claras y precisas, en gran parte debido a la prudencia que requieren este tipo de pronunciamientos (que afectan al alcance de derechos fundamentales). Se plantean por tanto discrepancias en muchos de los aspectos relativos a las intervenciones corporales, destacando entre los más importantes el de la legitimación para la ejecución coactiva de las mismas cuando el sujeto pasivo se niega o simplemente no colabora, oponiéndose parte de la doctrina a esta posibilidad al entender que, al no estar regulada legalmente, en casos de imprevisión, no queda más remedio que rechazar la posibilidad de coacción física para su práctica.

La escasa regulación legal acerca de este tema la encontramos en la LECrim, en sus arts. 326 y 363 párrafo 2º así como LO 10/2007 de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. El art. 326 de la LECrim, abriendo el Capítulo dedicado a la inspección ocular dentro del Título V del Libro Segundo (“De la comprobación del delito y averiguación del delincuente”) establece que *“Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor o el que haga sus veces ordenará que se recojan y conserven para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho.”*

Este párrafo 1º ha sido modificado en su redacción por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre (BOE del 4), de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, estableciendo que *“A este fin hará consignar en los autos la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno o situación de las habitaciones, y todos los demás detalles que puedan utilizarse, tanto para la acusación como para la defensa.”*

---

114. ETXEBERRIA GURIDI, J.F.: “Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el Proceso Penal”; Editorial Trivium; Madrid, 1999.

*“Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282.”*

Por su parte, el art. 363 LECrim establece que *“Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia. Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”*.

El párrafo 2º fue añadido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, (BOE del 26), por la que se modifica el Código Penal (LO 10/1995, de 23 de noviembre).

El Tribunal Constitucional considera que la falta de cobertura legal existente respecto de este tema, no constituye obstáculo para la legítima realización de las intervenciones corporales, utilizando como fundamento otros preceptos de la legislación procesal y partiendo siempre de la necesidad del cumplimiento del principio de legalidad en relación con las injerencias en los derechos fundamentales. Las concretas actuaciones en que consisten las distintas diligencias de intervención corporal se encuentran parcamente reguladas en otras normas que han de ser interpretadas de acuerdo con la jurisprudencia.

Por otro lado si bien nos referiremos a las reformas introducidas por la *Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas*”, a la LCRim en el capítulo siguiente, a modo de adelanto y relacionado con el tema que estamos tratando, podemos decir que incorpora enmiendas que obligan a proteger la imagen, el honor y la intimidad de los detenidos en el momento en que se practique su arresto y en los traslados posteriores, con la

intención de "asegurar el respeto a sus derechos constitucionales".

En el art 520.6, apartado segundo se recogen los derechos de detenido, y se transponen las Directivas 2013/48/UE y 2012/13/UE . Indica el art 520.6.c) la necesidad de la presencia del abogado para informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten. Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007 faculta al juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal podrá imponer la ejecución forzosa.

Si bien en una primera aproximación parece lógico pensar que los problemas legales y/o éticos derivados del tratamiento informatizado de perfiles de ADN no codificante, no deben diferir significativamente de los que se plantean en el tratamiento informatizado de la reseña dactilar por ejemplo, en el sentido de que ambas metodologías permiten identificar individuos sin aportar ninguna información adicional esto no es completamente cierto. Primero hay que considerar una diferencia fundamental y es que mientras que de una huella dactilar no se pueden obtener más datos que los puramente identificativos, de la muestra biológica obtenida para un análisis de ADN con fines identificativos también se podrían estudiar otras regiones codificantes, es decir se podría estudiar un número cada vez más amplio de los aproximadamente 30-40.0000 genes que conforman el genoma humano lo que podría revelar una información genética de gran trascendencia para el individuo.

En la posibilidad de acceder a todo el genoma de un individuo a partir, por ejemplo, de una simple toma de saliva, uno de los elementos fundamentales que diferencian la huella dactilar de la huella genética pero no el único. Recordemos que los patrones genéticos obtenidos mediante el estudio de regiones hipervariables nos revelan a veces, información, acerca del origen étnico de una persona. También hay que tener en cuenta que la molécula de ADN no sólo contiene información genética de una persona sino también de sus descendientes y ascendientes.

a) Clases de diligencias:

Los distintos tipos de intervenciones que la jurisprudencia constitucional estima admisibles son múltiples: el test de alcoholemia sobre conductores (SSTC 103/1985 [RTC 1985, 103] y 161/1997 [RTC 1997, 161] ; los llamados "registros íntimos" (en el

interior del cuerpo humano) para buscar pruebas de la comisión de un delito (SSTC 37/1989 [RTC 1989, 37] y 57/1994 [RTC 1994, 57] ); la obtención de huellas dactilares (STC 37/1989); la extracción de sangre y de vello (SSTC 103/1985 y 207/1996); el examen radiológico (STC 35/1996 [RTC 1996, 35] ). La principal dificultad estriba en que, para muchas de estas intervenciones corporales, la única base legal en que podrían sustentarse, al no serles de aplicación lo dispuesto por los arts. 326 y 363 LECrim, se encontraría en el artículo 478.1 LECrim, según el cual *“El informe pericial comprenderá, si fuere posible: Descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, estado o del modo en que se halle. El Secretario extenderá esta descripción, dictándola los peritos y suscribiéndola todos los concurrentes. Relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado, extendida y autorizada en la misma forma que la anterior. Las conclusiones que en vista de tales datos formulen los peritos, conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte”*

El TC hace una distinción entre las distintas diligencias practicables para las intervenciones corporales, unas son las inspecciones y registros corporales ( que son cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado o de circunstancias o para el descubrimiento del objeto del delito) relativas a la comisión del hecho punible y otras las intervenciones corporales ( que consisten en la extracción del cuerpo de determinados elementos externo o internos para ser sometidos a informe pericial. Califica de graves y leves las intervenciones corporales, siendo éstas últimas las que no ponen en peligro el derecho a la salud, ni ocasionan sufrimiento.

Cualquier persona puede ser fuente de ADN, en el caso de a víctima conocer su ADN puede ser muy importante para la correcta interpretación de los resultados, especialmente en los casos en que existen contaminación de las muestras. La posibilidad de que las intervenciones corporales puedan ser aplicadas sobre la víctima del delito, se supedita a que revistan los mismos requisitos y garantías que si se aplicaran a los sospechosos del delito. En el caso de oponerse al análisis de una muestra de ADN, se le informará de que, además de perjudicado, tiene la condición de testigo, pero creemos que si ya se duda sobre la posibilidad de someter obligatoriamente o no al imputado a este tipo de muestras cuanto más a la propia víctima del delito. Puede ser fuente de ADN el llamado tercero contaminante, por ejemplo por una contaminación negligente

por parte de quien obtuvo la muestra, en este caso se hace necesaria la obtención de una muestra indubitada de ADN del manipulador para ver si coincide o no con el calificado como contaminante. En tercer lugar el sospechoso, que para poder decir que un indicio pertenece a un imputado la coincidencia debe ser total y absoluta en todos los *loci* de ADN analizados, debiendo realizarse luego los cálculos estadísticos poblacionales necesarios para expresar la posibilidad o margen de acierto.

b) Requisitos:

En la práctica de las diligencias consistentes en intervenciones corporales pueden verse afectados distintos derechos fundamentales previstos en la CE, como son la integridad física ( art. 15 de CE), el derecho a la intimidad personal ( art. 18.1 CE). También puede ser una intromisión en el ámbito de la intimidad personal o corporal, con relación a este último el TC ha señalado que “... el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recto de la persona...”. Considerando en cambio que sí afectan el derecho fundamental a la intimidad corporal si recaen sobre partes íntimas del cuerpo o inciden en la privacidad.<sup>115</sup>

Establece el TC una serie de presupuestos para que sea posible acordar la diligencia de investigación, como son el fin constitucionalmente legítimo, señalando que la Constitución no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad, pero ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que se encuentra la actuación del ius puniendi. Así la determinación de hechos relevantes para la investigación penal son desde luego causa legítima que puede justificar la intervención corporal, siempre que

---

115 STC 207/1996 16 de diciembre.

dicha medida esté prevista en la ley. Así la previsión legal aparece como el segundo requisito, exigida además por el art. 8 CEDH, debiendo existir una causa prevista en la Ley que justifique la medida judicial de injerencia. En tercer lugar el TC considera de aplicación la exigencia de resolución judicial (jurisdiccionalidad) en las diligencias que supongan una intervención corporal con independencia de que no exista en la CE reserva absoluta de resolución judicial respecto de medidas que afecten a los derechos a la intimidad y a la integridad física, tal como ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales. Se debe observar también el principio de proporcionalidad para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de los derechos fundamentales, para ello debe ser idónea, necesaria e imprescindible, y que no implique un sacrificio desmedido en comparación con la gravedad de los hechos. La resolución judicial debe ser motivada.

En cuanto a los requisitos a observar durante la práctica de la diligencia, como son que se encomiende a personal médico sanitario, que no suponga un riesgo para la salud y no se ocasionen con ella un trato inhumano o degradante.

El eventual consentimiento del imputado a someterse a una medida de intervención corporal no legitima per se, a esta, pues dichas medidas deberán ser, en todo caso, respetuosas con su integridad física y moral, su salud y dignidad personal, su intimidad y proporcionalidad con los hechos investigados. Dicho consentimiento, siguiendo la LO 15/1999, deberá ser inequívoco, cuando se trate de datos personales y explícito, cuando se revelen datos íntimos.

Por otro lado la adopción de una medida como esta no puede tener carácter autónomo, sino instrumental y subordinado a la investigación penal en curso y necesario para la averiguación de un hecho punible de cuya realización existan indicios de cierta entidad. La medida de análisis genético no podría ser el primer paso de la investigación, sino la consecuencia de otros que acrediten su necesidad.

El principio de proporcionalidad se erige como prohibición de exceso, a través de los principios de idoneidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto o valoración de interés. Presupone analizar la naturaleza del delito, su gravedad, la posibilidad o no de su descubrimiento por otros medios menos gravosos social e individualmente considerados y valorar por último, las demás circunstancias concurrentes.



Exige, como vemos una ponderación de conflicto de derechos; de los derechos básicos confrontados en un proceso penal: el derecho a la defensa del imputado y el derecho del Estado a la comprobación y persecución del delito, debiéndose valorar el interés prevalente en cada caso, especialmente el interés social y de orden público que subyace en la eficaz persecución de las infracciones penales.

El TC<sup>116</sup> viene declarando que la posible limitación de los derechos fundamentales como la integridad física y a integridad corporal y personal, no son derechos absolutos, sino que, por el contrario, pueden ceder ante razones justificadas de interés general, en el seno de un proceso, o como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas reguladas por el ordenamiento.

De cualquier modo no debemos olvidar que la limitación de los derechos fundamentales exige la concurrencia de ciertos requisitos<sup>117</sup>:

a) Previsión legal de la medida limitativa, es decir que la medida debe tener cobertura legal.

b) Que sea adoptada por medio de resolución judicial motivada y ésta debe reservarse a los supuestos más graves. Se exige motivación para poder controlar la razón que justificó el sacrificio del derecho fundamental afectado.

c) Que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con el fin perseguido: la ponderación entre los intereses en juego para que la limitación de los derechos sólo lo sea frente a adecuadas exigencias de interés estatal.

En relación con la prueba de ADN se exige, su previsión por ley orgánica, ordenada por auto motivado y controlado por el órgano jurisdiccional competente, ser congruente, que exista una relación directa entre el medio empleado y el fin perseguido, que la medida sea necesaria para alcanzar el fin, sin que exista otra menos gravosa para ello y una ponderada valoración por parte del juez de los intereses en conflicto, teniendo en cuenta siempre el principio de proporcionalidad. Sin que los derechos constitucionales a la intimidad y a la integridad física puedan convertirse en una consagración de la impunidad.<sup>118</sup>

ii) Informes periciales:

---

116. SSTC 207/1996;37/1989, y 7/1994

117. STC 107/1996

118. STC 7/1994



Partiendo del concepto clásico de Mittermaier<sup>119</sup> sobre el concepto de la prueba pericial en el proceso penal “... la intervención de peritos tiene lugar siempre que en una causa criminal se presentan determinadas cuestiones importantes, cuya solución requiere el examen de personas aptas y conocimientos facultativos y especiales, al objeto de poder producir convencimiento, previo a la certeza, en el ánimo del juez, al demostrar la verdad o realidad de los hechos...”<sup>120</sup> Son terceras personas ajenas al proceso, que han sido llamadas a éste por su conocimiento específico y técnico sobre determinadas materias de que el juez carece, por lo que la prueba pericial será necesaria, cuando se trate de investigar la existencia de ciertos hechos cuya averiguación exige los conocimientos de técnicos especialistas; cuando haya de decidirse acerca de la naturaleza o de las cualidades de ciertos hechos; cuando a base de la sentencia deba apoyarse principalmente en la admisión de un hecho como posible o probable, cuando de los hechos demostrados se trata de deducir unas consecuencias que sólo puede aportar un especialista.

a) Objeto y forma de la Peritación.

El TC afirma que en la prueba pericial lo que el perito aporta al juez no son los hechos, sino sus conocimientos técnicos sobre los mismos que puedan resultar necesarios para su correcta apreciación. Así el art. 456 LECrim dice que “... el Juez acordará el informe pericial cuando, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos...” (STC 33 1992, 18 de marzo)

Del modo de aplicar la pericia el TC nos dice que “ el informe será más completo y ofrecerá mayores garantías de fiabilidad, si se realiza sobre el cuerpo del delito, pero ello no excluye que los conocimientos del perito puedan realizarse, a falta de aquel, sobre los elementos que se le faciliten...” ( STC 33/1992 18 de marzo F.4º)

En cuanto al número de peritos que pueden intervenir, la previsión legal de que en el proceso ordinario podrán intervenir dos peritos y en el procedimiento abreviado solo uno, “ el informe pericial podrá ser prestado por un solo perito cuando el Juez lo considere suficiente...” ( ATC 66/1996 15 de marzo). Sostiene además “... además de los supuestos propiamente dichos de prueba preconstituída en los casos en que se dé el requisito objetivo de su muy difícil o imposible reproducción, de conformidad con lo

---

119 ANTÓN MITTERMAIER JULIO E, “Tratado de la prueba en materia penal”Ed. Depalma Buenos Aires Argentina, 1998.

120 ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER S, “ La prueba de ADN en el proceso penal” Granada 2008.

*arts. 726 y 730 de la LECrim, pueden ser tomados en consideración informes practicados en la fase previa al juicio que se basen en conocimientos técnicos especializados, con constancia documental en autos que permita su valoración y contradicción en el juicio sin que en tal supuesto sea absolutamente imprescindible la presencia en dicho acto de quienes lo emitieron para su interrogatorio personal...”* (ATC 19/1997 27 de enero).

iii) La teoría del fruto del árbol envenenado

Esta teoría tiene su esencia en el derecho a un proceso con todas las garantías, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, y supone la nulidad de todas aquellas actuaciones que tengan su origen la falta de algunos de los principios enumerados o su incumplimiento defectuoso suponen el vicio de todos aquellos actos y pruebas que tengan su consecuencia en aquella o, más concretamente, cuantas otras traen su origen, directa o indirectamente, en la misma (Sentencia del Tribunal Constitucional 363/2003, de 10 de noviembre). En este sentido hay que tener por infracciones de alcance constitucional la ausencia de fundamento bastante para su autorización, la conculcación del principio de proporcionalidad que ha de regir la decisión del Juez, los defectos trascendentales en la resolución judicial, o las graves incorrecciones en la ejecución de lo acordado que supongan una extralimitación en el quebranto de los derechos del afectado o terceros (tales como prórrogas temporales o extensiones a otros teléfonos no autorizados expresamente y, en definitiva, cualquier actuación de los investigadores que incumpla lo dispuesto por el Instructor en lo relativo a los límites constitucionalmente protegidos).

Es por ello que, de acuerdo con lo que dispone el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales; o, dicho de otro modo, la diligencia de intervención realizada sin las garantías que la legitiman deviene nula de pleno derecho y, en consecuencia, no podrá ser utilizada como elemento probatorio. He ahí la importancia que tiene el seguimiento de los protocolos, el respeto de la cadena de custodia, así como todos los requisitos de orden procesal para que la prueba sea válida y no sea viciada con ninguna irregularidad.

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1448/1997, de 24 de noviembre,

y 1075/1998, de 23 de septiembre) como la del Constitucional, (121/1998 y 151/1998) distinguen entre la ilicitud constitucional de la diligencia de intervención, por no ampararse en ninguno de los requisitos constitucionalmente habilitantes para su práctica, y su irregularidad o nulidad procesal, por no cumplir las normas impuestas para su ejecución, valorables en el plano de la legalidad ordinaria y trascendente sólo a efectos procesales.

Especialmente tajante se muestra el Tribunal Constitucional en las sentencias indicadas (121/1998 y 151/1998), en las que, tras señalar que se pueden diferenciar tres momentos en el desarrollo de esta medida de investigación (la decisión judicial de intervenir las comunicaciones, la ejecución policial de dicha autorización, y la incorporación a las actuaciones de su resultado), recuerda que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones exige que se respeten algunos requisitos básicos, como son la estricta observancia del principio de proporcionalidad y un control judicial efectivo en el desarrollo y cese de la medida. Sobre esta premisa, las sentencias marcan claramente la distinción entre defectos que conllevan la inconstitucionalidad y defectos puramente procedimentales, que pueden afectar a la eficacia probatoria, el control judicial de la ejecución de la medida se integra en el contenido esencial de derecho cuando es preciso para garantizar su corrección y proporcionalidad; pero no existe lesión del derecho fundamental cuando las irregularidades denunciadas, por ausencia o insuficiencia del control judicial, no se realizan en la ejecución del acto limitativo sino al incorporar a las actuaciones sumariales su resultado, pues en tales casos la restricción del derecho fundamental llevada a cabo por los funcionarios policiales en los que se delegó su práctica se ha mantenido dentro de los límites de la autorización.

Así pues, en los casos en que no se aprecie una vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, no devendrá aplicable sin más la prohibición de utilización contemplada en el 11.1, sino que habrá que enjuiciar el valor procesal de esa prueba defectuosamente incorporada a las actuaciones del proceso; por ello en la Sentencia 228/1997, fundamentos jurídicos 9 y 11, se afirma que, cuestión distinta es (...) que la defectuosa incorporación a las actuaciones de su resultado no reúna las garantías de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en una prueba válida para desvirtuar la presunción de

inocencia. Mas al ser tales irregularidades procesales posteriores a la adquisición del conocimiento cuya prueba funda la condena, lo conocido gracias a las escuchas puede ser introducido en el juicio oral como elemento de convicción a través de otros medios de prueba que acrediten su contenido, por ejemplo mediante las declaraciones testificales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas. Y, desde luego, lo conocido puede ser objeto de posterior investigación y prueba por otros medios que legítimamente accedan al juicio oral.

En este punto, el Tribunal Constitucional enlaza con la doctrina sentada en su Sentencia 81/1998, en la que matiza la aplicación de la teoría, de origen anglosajón, del fruto del árbol envenenado, ya que al analizar el alcance de la expresión pruebas obtenidas indirectamente vulnerando los derechos fundamentales a que alude el artículo 11.1, admite la valoración de elementos de prueba, de manera que el juzgador pueda basar en ellos su convicción acerca de la culpabilidad del acusado, por ser jurídicamente independientes de la prueba declarada contraria al derecho fundamental. En efecto, la sentencia señala lo siguiente: según se ha dicho tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas; por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar la ilegitimidad constitucional de las primeras que se extienden también a las segundas (conexión de antijuridicidad).

En el análisis de si existe o no dicha conexión de antijuridicidad, se deben distinguir, como hacen las Sentencias del Tribunal Constitucional 139/1999 y 171/99 (que compendia la doctrina de las anteriores Sentencias 81/1998, 49/1999 y 94/1999 y cuyas conclusiones, aunque referidas a un supuesto de registro domiciliario, son extrapolables): de una parte, las pruebas que de hecho están indisolublemente unidas con la prueba primariamente viciada (acta de la diligencia o declaración testifical de las personas que en ella intervinieron) y, de otra, aquellas pruebas en que esa indisoluble conexión fáctica no se da (declaración autoinculpatória del imputado o de coimputados, por ejemplo). Así como en las primeras dicha conexión es indudable desde una perspectiva meramente interna y no pueden ser valoradas en ningún caso sin infringir el

artículo 24.2 de la Constitución, ya que lo que accede al juicio a través de estas pruebas es pura y simplemente el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita, respecto de las segundas es preciso realizar un juicio para valorar si, también desde una perspectiva externa (en la que se han de tener en cuenta las necesidades de tutela del derecho fundamental, que cabe inferir de la índole del derecho vulnerado, de la entidad de la vulneración y de la existencia o inexistencia de dolo o culpa grave, entre otros factores -Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1999), existe o no la mencionada conexión de antijuridicidad.

El juicio de experiencia que determina el grado de conexión entre la prueba originaria y la derivada, de cara a determinar la pertinencia o impertinencia de esta última, corresponde hacerlo a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose el eventual examen del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo a la comprobación de su razonabilidad (por todas, Sentencia 139/1999). En ejercicio de esta facultad, el Tribunal Constitucional, consolidando una línea jurisprudencial ya apuntada en la Sentencia 86/1995, ha afirmado que es jurídicamente independiente del acto lesivo del derecho fundamental la declaración del imputado, previamente informado de sus derechos constitucionales y asistido de letrado, admitiendo los hechos de la pretensión acusatoria, de tal manera que el contenido de las declaraciones del acusado, y muy singularmente, el de las prestadas en el juicio oral, puede ser valorado siempre como prueba válida y, en el caso de ser de cargo, puede fundamentar la condena (Sentencia 161/1999).

iv) Procedimientos técnicos y cadena de custodia:

Las pruebas de perfiles de ADN no permitirán afirmar que un vestigio biológico pertenece con absoluta seguridad (probabilidad del 100%) a una persona determinada. Así la moderna ciencia forense, y en concreto la genética forense, no valora los resultados de las pruebas en términos de fiabilidad absoluta, sino que valoran el mayor o menor grado de incertidumbre en términos de probabilidades. De este modo, una vez obtenida la muestra biológica, ésta se estudia en el laboratorio analizando el mayor número de polimorfismos de ADN posibles, obteniendo así un perfil genético de la muestra objeto de análisis. Si comparamos los resultados obtenidos del análisis de esta muestra dubitada (pues se desconoce la identidad del sujeto fuente) con los obtenidos del análisis de la muestra procedente del sospechoso o de la víctima (muestra

indubitada), podemos llegar a dos conclusiones. Primera, que los patrones sean diferentes en un grupo o más (en nuestro ejemplo, que en la muestra indubitada de un individuo se obtenga un resultado 6-10 para ese ADN microsatélite, siendo, por ejemplo, el resultado del análisis en la muestra dubitada 4-8). En tal caso, habrá que concluir que ese vestigio biológico no se corresponde con el individuo con el que lo comparamos.<sup>121</sup> Segunda conclusión, que los polimorfismos de ADN analizados en el vestigio se correspondan con el individuo con el que se comparan. En este caso cuando hay que valorar la probabilidad de que ese vestigio provenga de ese individuo, lo cual depende de la frecuencia de esos grupos en la población.

Una vez recogida, debemos garantizar la cadena de custodia de la muestra al laboratorio, es decir la serie de medidas que deberán adoptarse, desde su recogida hasta que es conducida al laboratorio para garantizar la identidad de la muestra recogida y la realmente analizada.

La cadena de custodia tiene dos objetivos primordiales: por un lado evitar la suplantación negligente o dolosa de la prueba y por otra una contaminación ya no sólo en la recogida sino en el envío. La contaminación de una muestra puede presentarse en su origen por su propia naturaleza (agresiones múltiples donde más de una persona resulta herida, mezcla de sangre de agresor y víctima (cigarro fumado por varias personas) siendo esta contaminación inevitable y a veces de interés para la investigación.<sup>122</sup>

Otro tipo de contaminación es la que se produce por descuido o desconocimiento a la hora de recoger y remitir las muestras. La remisión bien por el retardo en la misma, bien por no hacerlo con los medios adecuados, puede conllevar una degradación que suponga un fracaso de la prueba (falta de refrigeración, muestras húmedas en bolsas cerradas, mal uso de los conservantes...). Deben por tanto contemplarse las normas generales que todo forense o miembro de la Policía Judicial debe conocer, y luego las

---

121. Como no se analiza un único polimorfismo de ADN sino varios, la falta de concordancia entre varios de ellos ( como será lo normal) solamente ratificará la conclusión de que ese vestigio biológico no pertenece al sujeto en cuestión. Ahora bien, que el análisis genético realizado sobre, digamos, 10 marcadores, dé como resultado que 9 de ellos coinciden y tan solo uno es diferente. En estos casos se recomienda volver a realizar las pruebas para asegurarse que no se ha cometido un error, y si el resultado queda confirmado, podría aún quedar abierta la posibilidad de admitir la concordancia entre las muestras, asumiendo la posibilidad de que se haya producido una mutación genética debida a una contaminación de la misma.

122 CREPSILLO MÁRQUEZ M., *“Remisión de muestras para el análisis de polimorfismos ADN”*, La prueba del ADN en Medicina forense, (dir. Martínez Jarreta, B.,) ed. Masson, Barcelona, 1999, pág. 167.

normas específicas para muestras concretas. En la práctica diaria y en nuestro país, los Jueces de Instrucción están acordando la remisión de los vestigios bien a los laboratorios de la policía judicial, cuando son ellos los que recogen las muestras, bien a los Institutos de Medicina Legal o al Instituto Nacional de Toxicología todos ellos con controles internos de calidad.

Pese a la presencia en el lugar de los hechos de los médicos forenses y policía judicial que conocen la forma de recogida de cada tipo de vestigio (sangre, pelos, orina, saliva...) el Juez Instructor, coordinador y supervisor de la investigación, debería formarse en estas materias. De este modo se podría cumplir con lo establecido en los arts. 326 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, preceptos que encomiendan al Juez Instructor de la recogida y conservación de los vestigios y pruebas materiales de la perpetración de un posible delito, aunque obviamente este precepto se refiere a una labor de garante del trabajo material, llevado a cabo por los expertos.

Una vez más en esta materia el Tribunal Supremo llega a resoluciones contradictorias; concretamente a propósito de las distintas garantías que exige la cadena de custodia y la intervención del Juez Instructor. Sirvan como muestra las dos siguientes. Llevando la garantía sobre la cadena de custodia a las últimas consecuencias, y de un modo no similar a otros casos de recogidas de vestigios y efectos por parte de los agentes policiales, se ha pronunciado la STS 510/1997, de 14 de abril, que viene a exigir necesariamente la intervención del Juez a modo de presencia física salvo razones de urgencia. El caso era el siguiente: en la vivienda de una anciana víctima de un robo con homicidio fueron encontradas por la Guardia Civil una huella dactilar correspondiente a uno de los penados en una caja de la habitación de aquella y una colilla en un cubo con agua que mediante análisis de ADN resultó que contenía restos de dicho penado. El Juez Instructor por medio de auto había ordenado a la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Guardia Civil que investigara y que recogiera las huellas y vestigios que del delito pudieran existir, lo que así se hizo.

El TS señala que no puede atenderse al resultado de ambas pruebas, y absuelve a dicho penado por presunción de inocencia (no así al otro penado en quien concurrían otras pruebas, fundamentalmente una testifical) ya que, al margen de que el recurrente había acudido en alguna ocasión a la vivienda, lo que resta relevancia al hecho de hallar en tal lugar una huella y una colilla, tales muestras no se recogieron adecuadamente a



juicio del TS ya que *"no intervino la Autoridad judicial en la recogida de las citadas huella dactilar y colilla de cigarrillo"*. La Sentencia señala que, aun mediando una orden del Juez para la actuación a la Guardia Civil, ello no puede servir para modificar las normas procesales que imponen al Juez la obligación de actuar personalmente en la recogida de efectos, salvo que concurren razones de urgencia que aquí no se dieron, y concluye que la Policía tenía que haber dado cuenta al Juzgado del hallazgo de la huella y de la colilla, para que éste hubiera acudido allí a verificarlo con la correspondiente actuación procesal. *"La actuación de la Guardia Civil al respecto -prosigue la sentencia-, sin intervención judicial, no puede constituir prueba de que tal huella y tal colilla de cigarrillo realmente estuvieran en el lugar del delito"*. Invoca en apoyo de esta tesis la doctrina recogida en la STC 303/1993, F.J. 4º, referido a la intervención de diez bolsas de hachís en el interior del vehículo aprehendido dos días antes por la Guardia Civil, en la que no concurrió la referida nota de urgencia.

A solución distinta se llega en la STS 1270/1998, de 31 de octubre. La AP de Almería había condenado por asesinato, basándose, entre otras pruebas, en que la sangre de las botas del acusado coincidía con la de la víctima. Dichos botines, que habían sido entregados por los familiares en el rastrillo de la cárcel para hacérselos llegar al procesado cuando aquel estaba en situación de preso preventivo, fueron recogidos por la Guardia Civil en virtud de la orden dada por el Juez de Instrucción para ello. El TS confirma en este sentido la sentencia y no acepta el argumento del recurrente de que no hubo control judicial de las actuaciones policiales. En la línea interpretativa de esta sentencia cabe citar, entre otras, la STS 1244/2001, de 25 de junio; amén de aquellas otras en las que ni siquiera se llega a plantear el problema aceptando la recogida de muestras por la Policía bajo la orden del Juez. La recogida y análisis de los vestigios, alcanzarán sentido si tenemos la posibilidad de cotejar los resultados, con los obtenidos del análisis de una muestra procedente de un individuo, sospechoso de la autoría del delito. Sobre la toma de muestras procedente de un individuo y su problemática ya expusimos las cuestiones más importantes en los apartados primero y segundo, consideraciones que damos por reproducidas, teniendo en cuenta que las precauciones técnicas para su recogida con el fin de evitar la contaminación y de garantizar la cadena de custodia deberán igualmente llevarse a cabo por un experto a presencia de un funcionario judicial que diese fe pública sobre la procedencia de la misma. Una vez que



hemos conseguido las muestras del sospechoso y las procedentes del lugar del crimen, que se ha garantizado la cadena de custodia y se ha elegido el laboratorio adecuado se procederá al análisis y ulterior cotejo de las muestras.

a) Garantía de fiabilidad del informe pericial:

Volviendo al cálculo de probabilidad, cuando coinciden los polimorfismos analizados en la muestra indubitada y en la dubitada, los jueces esperan del perito que les comunique la probabilidad de que dicho vestigio biológico provenga del individuo en cuestión, pues, como se ha dicho anteriormente, siempre existirá una incertidumbre sobre la concordancia. Esto puede apreciarse de una manera sencilla con el siguiente ejemplo:

Si se analiza una muestra de sangre obtenida de la ropa de la víctima y se ha descartado que pertenezca a la misma, puede pensarse, razonablemente, que pertenece al autor del delito. Existiendo un sospechoso, puede obtenerse una muestra de sangre del mismo o proceder a su análisis y comparación. En ambos se analiza el grupo sanguíneo, dando como resultado que los dos poseen el grupo O<sup>+</sup>. que es el más común entre la población española (36%). Siendo esto así. Tal coincidencia tendrá un escaso valor probatorio, al ser un grupo muy común (36 personas de cada 100 poseen este grupo). Sin embargo, el grupo sanguíneo es AB, que sólo es poseído por el 0,5 de la población ( 1 de cada 200) no es difícil comprender que la prueba científica tiene ahora un valor muy superior que en el caso anterior.

El análisis de grupos sanguíneos puede hacerse cuando tenemos muestra de sangre para comparar, casos en los que también puede hacerse la prueba de ADN. Tratándose de otros vestigios biológicos (saliva, pelos, semen, etc.) habrá que optar por realizar análisis genéticos, pero el modo de razonar es exactamente igual. Si para un determinado polimorfismo coincide que tanto la mancha como el acusado poseen el genotipo 6-10 ello será más o menos relevante atendiendo a la frecuencia de dicho genotipo en la población en general (no es lo mismo que sea un genotipo muy común o que sea muy raro). Evidentemente, si sólo se analizara un polimorfismo, las probabilidades de correspondencia entre la muestra dubitada y el sospechoso podrían no ser siempre muy elevadas, pero teniendo en cuenta que la comparación se hace con varios de ellos, las probabilidades, cuando no haya existido exclusión (es decir, que

coincidan todos), serían muy altas (acercándose enormemente al 100%). El cálculo de probabilidades realizado de esta manera puede dar lugar a un uso equívoco o falaz en el curso de un proceso penal a fin de conseguir convencer al juzgador de la relevancia del juicio probabilístico, lo cual adquiere una especial relevancia cuando el juzgador es un tribunal de Jurado. Así se habla en estos casos de la falacia del fiscal y la falacia del abogado defensor. A modo de ejemplo, unos mismos datos pueden presentarse de la siguiente manera:

El perito forense dirá: *“...Teniendo en cuenta el número de polimorfismos analizados y la frecuencia de los mismos en la población de referencia aplicada, la probabilidad de que la muestra biológica analizada corresponda a un hombre inocente es de 1 entre 4.000...”*.

Con esta información, el fiscal puede presentar el caso así: *“...Si la probabilidad de que la muestra biológica analizada corresponda a un hombre inocente es de 1 entre 4.000, entonces la probabilidad de que sea culpable es de 3.999 a 1...”*. Ello claramente puede inducir a pensar que acusado es culpable (más aún si quien valora la prueba es un jurado de ciudadanos legos) y que el resto de pruebas sólo podrá confirmar los hechos. Así, el fiscal no tiene en cuenta (o no quiere tener en cuenta) que, aunque el acusado tiene una baja probabilidad de ser inocente, podría serlo. Por tanto, debería tomar en consideración la existencia de otros datos que apuntaran la hipótesis de la inocencia.

Con los mismos datos, la defensa puede, al contrario, decir: *“...Si la probabilidad de que la muestra biológica analizada corresponda a un hombre inocente es de 1 entre 4.000, entonces, dado que el crimen se ha cometido en una ciudad de, digamos, 1.200.000 habitantes, existen 300 personas que pueden ser los autores, por lo que la probabilidad de que sea culpable es de 1 entre 300...”*. Planteado de esta manera, el juzgador puede ser inducido a pensar que si hay otras 299 personas que también pueden ser los sujetos fuente de la muestra analizada, existe una duda razonable y que habrá que atender a otras pruebas. Desde esta perspectiva no se tiene en cuenta que - pese a que existan 300 personas que pueden presentar esa coincidencia- pueden existir otros datos (pruebas) que apunten la hipótesis de la culpabilidad.

En realidad, ninguna de estas dos formas de presentar la información es correcta. El intentar presentar el informe pericial de una manera totalmente aséptica tampoco es una solución válida, pues cuando ello se hace así, un elevado porcentaje de individuos

cae espontáneamente en una de las dos falacias.

Para valorar correctamente la probabilidad de que un vestigio biológico provenga de un individuo se recomienda la utilización de una fórmula de base estadística (el teorema de Bayes) que permite introducir, junto al número de polimorfismos coincidentes, información adicional. Su utilidad en el proceso radica, pues, en que permite combinar información estadística sobre un suceso con información no estadística, proporcionando una valoración final de la probabilidad del suceso. Así, se tiene en cuenta la frecuencia en la población de dicho polimorfismo, por lo que es necesario haber realizado previamente un estudio de las frecuencias de los marcadores en cuestión, así como determinar cuál es esa población de referencia.

Además, pueden tenerse en cuenta otro tipo de datos, en efecto, para poder ofrecer un resultado probabilístico más cercano a la realidad, habrá que valorar una serie de datos adicionales, que conoce el Juez, pero no el perito, así como el grado de creencia previo sobre la culpabilidad del acusado. Evidentemente, la introducción del análisis bayesiano en los tribunales de justicia requiere por parte de los operadores jurídicos unos conocimientos matemáticos que no siempre se poseen, lo cual incide en su eficacia.

La cuestión de la población de referencia es particularmente importante, a falta de indicación contraria por el juez, el perito utilizará los datos correspondientes a la población del entorno del caso, lo que habitualmente coincide con un grupo poblacional concreto (por ejemplo, si se trata de una violación cometida en Bilbao, se tendrá en cuenta la población vasca residente). Pero dependiendo de las circunstancias, puede ser necesario partir de los datos correspondientes a otro grupo poblacional. Por ejemplo si la violación se ha cometido en un acto social al que han acudido personas de todo el país, quizás sea más adecuado utilizar los datos correspondientes a la población española residente; o si la víctima aporta como dato que el violador hablaba con acento francés, o pertenecía a una etnia determinada (por ejemplo, era asiático), habría que aplicar datos de una población de referencia diferente. Es el juez quien tiene que fijar la población referencia, pues el perito no tiene conocimiento del caso, a salvo de que logre determinar la etnia por medio de la analítica.

Además hay otros datos que pueden ser tenidos en cuenta para fijar el dato de probabilidad, datos que, de nuevo, constarán en el sumario y que deberán ser

comunicados al perito por el juez. Por ejemplo, datos sobre el sospechoso (sexo, características físicas o psíquicas, etc.), su relación de parentesco con la víctima, pues en tal caso es de esperar una semejanza en el ADN (piénsese en un caso extremo de que se sospeche que el autor es hermano gemelo de la víctima; si no se aporta este dato en la investigación pericial, al hacer los análisis es posible que se piense que la muestra analizada corresponde a la víctima, pudiendo, sin embargo, pertenecer al autor).

c) Modos de incorporación y cobertura legal de la prueba:

Los tribunales han entendido el significado de la llamada “prueba de probabilística” y la importancia de no hacer recaer todo el peso probatorio sobre el perfil de ADN, sino integrarlo en el conjunto de las pruebas. El TS, en su Sentencia de 24 de febrero de 1995, si bien ha declarado que “...la Audiencia aceptó íntegramente y sin variante alguna las conclusiones de los informes periciales llevados a cabo por el Instituto Nacional de Toxicología, según los cuales la probabilidad de pertenencia del semen al acusado es notoriamente alta, dado que “la probabilidad de encontrar al azar a otro individuo en la población que presente el mismo perfil de ADN (...) es aproximadamente del 0.0005%”, matiza acertadamente a continuación que “...*la teoría y la práctica reconocen valor tanto a las pruebas “determinantes”, es decir que excluyen toda duda posible, como a las “de probabilidad”, pues aunque no tengan el mismo carácter absoluto, mediante la adición de otras pruebas coadyuvantes pueden compensar su valor probatorio y excluir completamente las dudas de los jueces...*” (F.J. Único).

Por último destacar que en caso de tratarse de una intervención delicada que afecte la intimidad de la personal, y según establece el TC, debe ser realizada por personal médico y no es necesaria dicha intervención en caso de que sean restos. Lo mas importante es que la recogida se lleve a cabo personal especializado y garantizando la cadena de custodia de la muestra. Evidentemente, la intervención judicial desde la recogida trata de evitar los posibles cuestionamientos ala legalidad de la obtención de la muestra y la cadena de custodia.

v) La identificación a través de huellas genéticas:

a) Objeto:

Los problemas técnicos respecto al laboratorio adecuado, la investigación de la

identidad del autor de un delito mediante el análisis genético en criminalística, debe realizarse mediante el contraste entre perfil genético ofrecido por los análisis de los indicios recogidos en el lugar del delito o sobre la víctima, y el perfil genético del ADN del sospechoso, procesado o imputado.

Este procedimiento de identificación puede desglosarse en dos etapas sucesivas a efecto de que el resultado se produzca con las suficientes garantías de fiabilidad:

1ª.- Búsqueda y recogida de muestras en el lugar de los hechos o sobre la víctima. Investigación del ADN sobre las muestras biológicas facilitadas por el inculpado.

2ª.- Realización material de las pruebas por los laboratorios. Contraste de los perfiles genéticos por el perito, exposición del resultado por el perito y valoración de la prueba por el Tribunal.

Se establecieron entonces las condiciones mínimas que deben concurrir en un test forense de esta índole para que pueda ser admitido como prueba:

1.- La teoría científica en cuestión tiene que ser considerada válida por toda la comunidad científica.

2.- La fiabilidad de la técnica empleada debe estar absolutamente contrastada por la experiencia.

3.- La aplicación correcta y adecuada al caso concreto debe demostrarse con absoluta claridad y transparencia. En España habría dos posibilidades que serían coherentes con el sistema procesal. Nuestro Ordenamiento en el art 5 de la Ley Orgánica 10 de 2007 establece respecto de los Laboratorios acreditados que las muestras o vestigios tomados respecto de los que deban realizarse análisis biológicos, se remitirán a los laboratorios y que corresponderá a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios. Y que sólo podrán realizar análisis del ADN para identificación genética en los casos contemplados en esta Ley los laboratorios acreditados a tal fin por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN que superen los controles periódicos de calidad a que deban someterse.

La Ley 10/2007 sobre bases de datos en su Disposición Adicional Cuarta establece que “...A los efectos de lo dispuesto en el artículo 5 de esta Ley, los laboratorios del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses podrán realizar

*los correspondientes análisis del ADN para identificación genética, de acuerdo con las funciones que le atribuye la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial...” y en su Disposición Transitoria Única que “...Los laboratorios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que a la entrada en vigor de esta Ley no estuviesen debidamente acreditados en la forma prevista en el artículo 5, dispondrán del plazo de un año para hacerlo, a contar desde dicha fecha....”*

En este sentido se pueden considerar como cualificados aquellos laboratorios miembros de la ISFG<sup>123</sup>. Estos laboratorios se someten a una serie de controles de calidad anuales. Cada uno de ellos realiza una serie de técnicas determinadas. Se pueden ir admitiendo como posibles laboratorios a elegir por los Jueces Instructores aquellos que pertenezcan a la ISFG. El hecho de que los laboratorios pertenezcan a distintos organismos (Universidad, Institutos de Medicina Legal, Policía Nacional, Guardia Civil....) es enriquecedor desde el punto de vista científico y práctico. Se permite así una mayor agilidad en la práctica de la prueba, evitando dilaciones indebidas y la posibilidad de un contra análisis también en un laboratorio de alta cualificación. Se podría establecer delimitación de tipo territorial asignando a cada laboratorio unos partidos judiciales determinados, o por tipo de asuntos, teniendo en cuenta en el caso de la Policía Judicial qué cuerpo en concreto (Guardia Civil, Policía Nacional, Policía Autonómica), está auxiliando al Juez Instructor en la investigación. Creemos deseable una combinación de ambas posibilidades, con una delimitación territorial que haría claros los criterios y más cercanos a efectos de transporte de muestras e incluso pensando en los desplazamientos de los peritos a la hora de informar en el acto del juicio oral, sin perjuicio de que se pueda solicitar al Juez Instructor que se quiebre el principio de territorialidad, en un caso concreto en base a alegaciones como pueden ser que esté investigando previamente un equipo determinado o por la necesidad de una técnica concreta que domine un determinado laboratorio frente a otros aún cuando pertenezcan todos a la ISGF, dejando en este caso a juicio del Instructor la elección .

Cuando las pruebas de ADN se presenten o soliciten por parte de la defensa o de la acusación particular, entendemos que si se someten a la delimitación que se establezca, les corresponderá el que esté preestablecido; otra cosa es que se pretenda un

---

123.- Guía de laboratorios de Genética forense del GEP-ISFG del Ministerio de Justicia Madrid, 1998.

laboratorio en concreto, que por ejemplo no pertenezca a la ISFG. Estarían en su legítimo ejercicio del derecho de defensa si bien se encontrarán con la dificultad añadida de probar la cualificación científica de este laboratorio bien a instancia del propio Juez Instructor bien en el acto de juicio oral. Todo ello no obsta para que se pueda valorar y cuestionar incluso la cualificación científica de cualquier laboratorio incluido uno perteneciente al ISGF, si bien los parámetros científicos a priori y salvo prueba en contrario estarían en este caso superados.

Respecto a la necesidad o no del doble peritaje en el caso del sumario ordinario.

El artículo 785 de la LECrim establece en las modificaciones procesales del procedimiento abreviado en el séptimo apartado: “...*el informe pericial podrá ser prestado por un solo perito cuando el juez lo considere suficiente*”. Hay que tener en cuenta que las muestras para el análisis del ADN se remiten, no a un perito concreto sino a un laboratorio, cuyo equipo realiza el análisis bajo la dirección correspondiente. En caso de que se requiera una doble pericia, supuestos de sumario ordinario, se están en la práctica limitando a firmar el informe dos de las personas intervinientes del propio laboratorio, normalmente el director como responsable, y una de las personas que participe materialmente en el análisis y evaluación de los resultados. Creemos necesario reconsiderar en este proceso la doble pericia a que se refiere la LECrim para el procedimiento ordinario. El espíritu de esta doble pericia, es que para los asuntos de mayor trascendencia penológica exista la opinión de dos expertos, en cuyo caso, entendemos que para que este requisito se cumpla en puridad, se deberían analizar porciones de la muestra en dos laboratorios independientes, o cuando menos se analizase dos porciones de muestra por el mismo laboratorio, que repetirá el análisis de modo completo. En caso contrario la doble pericia no pasa de ser un mero formalismo tanto en su realización como a la hora de emisión del informe en el acto del juicio oral.

Es cierto que el TS concede la validez y eficacia probatoria a los dictámenes elaborados por organismos o centros oficiales. Los Tribunales conceden así un valor especial distinto y superior a los informes emitidos por estos organismos en lo que ha venido a denominarse peritaje institucional o de élite.

EL TS en sentencia de 4 de febrero de 1991 establece respecto de lo informes emitidos por el Instituto Nacional de Toxicología: “...*en atención a que no sería muy factible su ratificación en el acto del juicio, toda vez que los informes emanados de*



*dicho Centro de indudable carácter pericial, poseen unas garantías técnicas de fiabilidad y objetividad, con ámbito nacional, que obligará a los profesores integrantes del mismo a su desplazamiento constante por toda la geografía nacional. Es por ello que esta Sala, ya con reiteración, ha otorgado con respecto a los informes del Gabinete Central de Identificación, la validez, y por tanto la aptitud enervante de la presunción de inocencia, a los informes periciales sumariales, aunque los peritos dictaminantes no hayan comparecido en el acto del juicio oral, manifestaciones y razonamientos que pueden extenderse a cualquier otra prueba pericial, con idénticas características como las que aquí se examina..”.*<sup>124</sup>

El Tribunal Supremo parece apartarse sensiblemente de las normas procesales expuestas en los artículos 456 y ss. de la LECrim, justificándolo en razones de tipo práctico. Es doctrina jurisprudencial consolidada la validez y eficacia probatoria de los dictámenes elaborados o emitidos por estos organismos sin necesidad en ciertos supuestos de contradicción procesal o de su ratificación en el juicio oral, y concretamente respecto a la prueba del ADN se pronunció el TS en Sentencia de 13 de mayo de 1998 estableciendo *“no es coherente que tan objetiva demostración sufra merma alguna en orden a su validez probatoria porque dicho informe no haya sido ratificado en el plenario, ya que al no haberse impugnado dicho documento en la fase de instrucción ni haberse propuesto en la de conclusiones provisionales la comparecencia de los peritos que lo suscriben, ha de estarse a la consolidada doctrina jurisprudencial que en tales casos asigna a los Informes emitidos por Organismos Oficiales, virtualidad de prueba pericial...”*

El Tribunal Supremo establece en estas Sentencias los requisitos para dar eficacia probatoria a dichos dictámenes periciales:

1º Los informes tienen que estar unidos a la causa cuando se dé a las partes traslado para calificación y proposición de prueba.

2º Que no se solicite en los escritos de conclusiones provisionales por la defensa, o por el perjudicado por el sentido del informe, la presencia del perito, o no se objete el resultado, ni se haya realizado impugnación respecto a la imparcialidad u objetividad de los peritos. No es suficiente que la impugnación se realice verbalmente en el acto de juicio oral. Un importante sector de la doctrina se muestra totalmente contrario a la

---

124. PEDRAZ, E. “Valoración de los informes periciales. Reflexiones críticas sobre la jurisprudencia del TS y del TC”. Actualidad Jurídica Aranzadi, núm 126, noviembre 1993, pág. 5.



postura seguida por el TS. Se mantiene por este sector doctrinal que el tratamiento jurídico diferenciado que el TS dispensa a los informes periciales provenientes de Centros Oficiales, carece de cobertura normativa precisa, para legitimar -aun en el plano puramente formal-, cualquier valoración privilegiada. El significado del informe pericial no puede reducirse a analizar la cualificación de los peritos informantes. El carácter oficial de un organismo es una garantía añadida. Esta profesionalidad sometida a los intereses generales, debe pasar por el filtro de los valores que informan el proceso penal. La profesionalidad les atribuye un mérito añadido para superar lo que supone el difícil reto del juicio oral. El alto nivel técnico constituye la mejor garantía para que su incorporación como medio de prueba se verifique sin merma de los principios de inmediación, contradicción y defensa<sup>125</sup>

b) Obtención de la prueba dubitada de ADN:

En la primera de las fases hay que tener en cuenta que para un correcto resultado de los análisis, la toma deberá llevarse a cabo por expertos que conozcan la forma de recogida de la muestra, con el fin de evitar su contaminación y lograr su óptima conservación.

En la práctica, además de a los médicos forenses, la realización material de tales diligencias queda atribuida a la Policía Judicial siempre bajo la supervisión del Juez Instructor, tal y como establece el art. 34 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de 1987 y el art. 28 del Reglamento de Policía Judicial de 19 de junio de 1987, que establece que podría encomendárseles la práctica de las inspecciones oculares, la recogida de pruebas, la intervención técnica en el levantamiento de cadáveres y la aportación de primeros datos. Los avances científicos han sido considerables en el ámbito de la biología molecular, pero no se debe olvidar que el trabajo dentro del laboratorio empieza con una evidencia que se recibe, por lo que si en el momento de tomar la muestra en el lugar de los hechos ésta no es recogida y enviada de forma correcta, puede que el análisis sobre dicha muestra no sea factible por escasez de medios personales, materiales, y en muchos casos por falta de conocimientos mínimos por parte del Juez Instructor y por una absoluta falta de coordinación.

c) La recogida de restos y vestigios:

El vestigio debe ser recogido adecuadamente, pues si no su actividad biológica

---

125. MARCHENA, M., "De peritos, cuasi peritos, y pseudoperitos". Poder judicial, núm 39, 1995, págs 241 y ss.

se puede perder. Igualmente, si no es correctamente empaquetado o se lleva a cabo de modo conjunto puede haber contaminación cruzada.

Debe ser debidamente etiquetado e individualizado.

i) En general hay que evitar la contaminación del lugar mediante la protección de la zona, impidiéndose el paso de personas no autorizadas.

ii) Utilización de mascarillas guantes y pinzas así como material estéril en general.

iii) Guardar las muestras de modo individual en recipientes de un sólo uso y cada muestra en un único recipiente.

iv) Las muestras deben estar etiquetadas e individualizadas.

La sangre, constituye un vestigio importante por la frecuencia con que aparece en lugares donde se cometieron actos violentos. Ocasionalmente podrá encontrarse sangre líquida, pero con más frecuencia aparecerá en forma de manchas. Desde un punto de vista científico será muy importante el estado de secado de la muestra el tipo de soporte: tela, piedra, tierra...; dentro de las telas el tipo de las mismas, si ha sido sometida a lavado o a tratamiento químico. Hay que tener conocimientos de cómo extraer del soporte la muestra o en que casos es más recomendable enviar si es posible el soporte.

El semen, como evidencia de casos de delitos contra la libertad sexual, es junto con el de vestigios sanguíneos el tipo de análisis más solicitado en el laboratorio de biología forense; también es importante el incremento del número de muestras de saliva. Esto se debe por un lado al avance de las técnicas de estudio del ADN que consiguen bajar cada vez más los límites de detección, aumentando el índice de éxito en muestras con escasa porción de material biológico como sobres, sellos, colillas.

La saliva, la toma con ayuda de un hisopo resulta un método menos invasivo no doloroso ni traumático y de fácil recogida.

En cuanto a otros vestigios, cada uno con su especialidad científica serían uñas, huesos, cerumen, secreción vaginal y nasal, orina (mayor proporción de ADN en la mujer) e incluso heces, si bien no con un alto porcentaje de éxito.

Los pelos y cabellos, son encontrados con mucha frecuencia en todo tipo de delitos, en el lugar de los hechos, en las ropas. Dado la propia naturaleza de la muestra lo difícil en muchos casos aunque ya no sería materia propia del perito será valorar la real conexión entre la presencia de dicho vestigio y la autoría del delito. Es importante

por tanto, en general en todas las muestras, pero quizás en ésta con especial insistencia, hacer constar mediante la elaboración del acta correspondiente en qué lugar concreto dentro de la escena del delito se encontraba el vestigio, teniendo obviamente más valor aquellos pelos, por ejemplo, recogidos en la víctima como consecuencia de una posible pelea, actos defensivos, enganchados en las manos, en el interior de la cavidad vaginal de una víctima de agresión sexual o adheridos a una pieza clave<sup>126</sup>.

Cada lugar del delito es diferente, y se pueden hallar muchos tipos de pruebas biológicas. Las pruebas biológicas se pueden transferir al cuerpo o a la ropa de una persona, o bien directamente a un objeto o al lugar del delito. Las muestras biológicas líquidas, una vez depositadas se convierten en manchas y se adhieren a la superficie o al sustrato. Las pruebas biológicas sólidas, como los tejidos corporales, los huesos y el cabello, también pueden transferirse por depósito o contacto directo. A los laboratorios forenses llegan habitualmente cientos de variedades de pruebas físicas. Las pruebas que pueden someterse a un análisis de ADN se suelen limitar a los elementos de naturaleza biológica.

d) Finalidad: Una de las primeras cuestiones debatida jurídicamente, es la relativa a cuales son los derechos fundamentales que pueden quedar vulnerados en la práctica de la prueba de ADN.

e) El análisis de los perfiles de ADN obtenidos.

Para la formación de una base de datos de ADN con fines de investigación en el procedimiento penal contaremos con una serie de índices o archivos de perfiles de ADN presentándose en principio las siguientes posibilidades:

i) Índice de perfiles de ADN obtenidos a partir de vestigios biológicos no atribuibles a ninguna persona que fueron hallados en el lugar de los hechos o del cuerpo de la víctima, en el curso de una investigación judicial penal.

ii) Índice de perfiles procedentes de personas identificadas. Las personas cuyo perfil se incluye se determinarán en base a criterios concretos.

iii) Índice de perfiles de ADN obtenidos a partir de restos cadavéricos no identificados.

iv) Índice de perfiles de ADN obtenidos a partir de muestras biológicas de

---

<sup>126</sup> MANUAL DE INTERPOL Segunda Edición 2009.

personas (familiares de desaparecidos, etc.) siempre que medie su consentimiento.

- v) Índice de perfiles anónimos con fines estadísticos.<sup>127</sup>

Con respecto a la existencia en España de algún tipo de bases de datos de ADN con posibles fines de investigación penal hemos de indicar lo siguiente:

vi) La existencia de dos bases de datos anónimas poblacionales de ADN con fines científicos coordinadas por dos grupos de trabajo del GEP-ISFG cuyo objetivo es la recopilación de las frecuencias génicas de los distintos sistemas de ADN en España, Portugal e Hispanoamérica. Se trata de la Base de Datos de ADN Nuclear; y de la Base de Datos de ADN Mitocondrial. Estas bases de datos cuentan con un gran número de registros (en el caso de la Base de Datos de ADN Nuclear más de 3000-4000 genotipos para unos 10 marcadores genéticos) y realizan estudios estadísticos para valorar la posibilidad de desarrollar frecuencias génicas a nivel nacional.

vii) La existencia en la mayoría de los laboratorios de genética forense operativos en España de distintas bases de datos de ADN.

Estas se configuran de un modo tácito por el mero almacenamiento de las evidencias biológicas procedentes de hechos delictivos almacenadas en congelación, perfiles de ADN de distintos casos forenses archivados. Todo ello no se destruye en principio puesto que no se ordena tal destrucción.

viii) La existencia de bases de datos de ADN policiales de dudosa posible utilización procesal.

La realización de la prueba de ADN conlleva en la práctica la creación de tres tipos de archivos desde el punto de vista material, cada uno de los cuales plantea cuestiones diferentes. Por un lado los vestigios encontrados, por otra parte las muestras extraídas de estos vestigios para proceder a los análisis y por último los resultados de dicho análisis que configuran una base de datos en cuanto son susceptibles de tratamiento automatizado.

f) Contraste con perfiles genéticos obtenidos e interpretación de resultados

Se ha llamado la atención sobre la importancia del cálculo de probabilidad y la

---

127. GARCIA FERNÁNDEZ, O., ALONSO A., “Las Bases de Datos de Perfiles de ADN como instrumento de investigación policial”, en Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad, vva., ed. Comares, Bilbao-Granada, 2002, pág. 41.

necesidad de contar con suficientes y rigurosos estudios genéticos poblacionales de referencia, lo que relativiza el significado numérico de los resultados. Asimismo, se ha expuesto la escrupulosidad y cuidado con que han de manejarse las muestras disponibles (sean éstas dubitadas o indubitadas), por los riesgos de destrucción, deterioro, contaminación, confusión que pueden experimentar; la necesidad de que los laboratorios actúen bajo pautas estandarizadas y se hallen homologados y acreditados.

Por otro lado, los peritos y los juristas especialistas insisten en que los resultados de la determinación de los perfiles de ADN ha de valorarlos el juez, junto con el resto de indicios y medios de prueba que se hayan incorporado al proceso, y no descansar exclusivamente en la prueba pericial, de modo que recaiga en el perito la responsabilidad del fallo, suplantando o pervirtiendo el sentido de su función.

De igual modo, no puede perderse de vista que, incluso el hecho de que quedase acreditada la identidad entre un determinado vestigio biológico hallado en el lugar del delito (escenario del crimen) y los perfiles del sujeto imputado o sospechoso sometido a los análisis de ADN pueden implicar tan sólo la presencia de aquél en dicho lugar (y en ocasiones, ni siquiera eso, pues los vestigios han podido ser trasladados a otro lugar intencionadamente o por descuido o casualidad), pero no necesariamente su implicación en los hechos delictivos. Y más aún, aunque del informe pericial se derive que el semen encontrado en la cavidad vaginal de una mujer que denuncia una violación se corresponde con el ADN del sospechoso, ello únicamente nos informará, en su caso, de que ha existido una relación sexual, pero no de que ésta se haya producido sin el consentimiento de la presunta víctima. Esto último requerirá realizar otras investigaciones probatorias. Por ello, un resultado positivo en el análisis de ADN no puede servir, por un lado, para establecer una conexión irrefutable entre el vestigio biológico y el sospechoso; y por otra parte, tampoco para afirmar la culpabilidad del mismo. Menos aún, si la prueba pericial genética es la única existente. Sin embargo, un resultado negativo sí podría llevar a la absolución pese a la existencia de indicios de culpabilidad<sup>128</sup>.

En los sistemas jurídicos que se hallan regidos por el principio de la valoración

---

128. STS de 16 de 2009 (recurso de revisión), en la que a pesar de que la víctima reconoció al acusado, y aseguró que la voz de éste era la del atacante, la prueba de ADN evidenció con posterioridad a la sentencia condenatoria que el condenado no pudo haber sido el autor del hecho, por lo que el TS anula la condena,

de la prueba por parte del Juez, como es el español, las anteriores consideraciones cobran especial significado, pues han de contribuir a relativizar en lo que le corresponde el peso que ha de tener este medio de prueba en el proceso. Ello sucede tanto en el proceso civil como en el penal no existiendo diferencias significativas entre ambos.

En el ámbito civil (por ejemplo, en procesos de filiación), tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que este tipo de prueba tienen carácter pericial y, en consecuencia, les es aplicable lo dispuesto por el art. 348 LEC, con arreglo al cual *“...el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica...”* Por lo que respecta al ámbito penal, el art. 741 LECrim señala que *“...el Tribunal, apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley...”* Y en la misma dirección, el art. 973.1 LECrim dispone que *“...el Juez en el acto de finalizar el juicio, y a no ser posible dentro de los tres días siguientes, dictará sentencia apreciando, según su conciencia, las pruebas practicadas, las razones expuestas por el Fiscal y por las demás partes o sus defensores y lo manifestado por los propios acusados...”*

Evidentemente, tales preceptos no pueden interpretarse como un permiso a jueces y magistrados para valorar la prueba sin sometimiento a regla alguna. Valoración según la conciencia no puede equipararse a valoración basada en la intuición, los sentimientos o los presentimientos del órgano judicial, pues ello convertiría a esta actividad en un acto de mero voluntarismo. Muy al contrario, las pruebas han de valorarse según conciencia racional, criterio lógico y teniendo igualmente en cuenta las normas de la experiencia, estando plenamente convencido de que el hecho en cuestión ha quedado plenamente acreditado. Y como prueba de ello, así habrá de hacerse constar en la sentencia dictada mediante la correspondiente motivación de la misma.

g) Requisitos :

Los requisitos que establece la jurisprudencia<sup>129</sup> para llevar a cabo el análisis de ADN, en un caso concreto: necesidad de resolución judicial motivada para la toma de la muestra, consentimiento informando al sujeto del fin para el que se toma la muestra, y

---

129. STC núm. 199/1987 de 16 de diciembre

grado de vinculación entre el sujeto sometido al análisis y el delito investigado en virtud del principio de intervención corporal deben tener como parámetros:

- i) Principio de proporcionalidad y sus manifestaciones.
- ii) La exigencia de la resolución motivada.
- iii) La extensión del análisis o perfil de ADN.
- iv) La proporcionalidad en la práctica de las intervenciones corporales.

Se debate sobre si los individuos pueden ser sometidos a la prueba contra su voluntad, por un lado, y la validez y adecuación constitucional de las pruebas obtenidas por este procedimiento por otro. Así en caso de no considerar posible el sometimiento forzoso a la prueba, que consecuencias podrían derivarse de ese rechazo sin una justificación razonable aparente. Estamos en definitiva ante el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 9.1 de la CE. Los derechos que se han enumerado por la doctrina, como posiblemente vulnerados con cualquier intervención corporal, y que por lo tanto podrían serlo con estos análisis serían: el derecho a la intimidad, la dignidad de la persona, el derecho a la integridad física y moral, el derecho a no declarar contra sí mismo, a la presunción de inocencia y el derecho a la salud.<sup>130</sup>

a) Gravedad de la infracción punible a esclarecer:

Esta variable ampara el principio de proporcionalidad desde un punto de vista genérico. Sólo se restringirán los derechos afectados en el caso de delitos de determinada gravedad. En principio podría pensarse en una concepción sociológica o ética de dicha gravedad. En la práctica la gravedad viene determinada penológicamente.

La gravedad delictual aparece en general aceptada por los ordenamientos jurídicos europeos como criterio delimitador. Los perfiles de ADN que pasan a conformar la base de datos proceden de delitos que llevan aparejadas penas de determinada entidad.

En la legislación inglesa por ejemplo se incluye el análisis de aquellos que cometieran “any recordable offence”, mientras que la legislación holandesa a partir de la reforma del Dutch Code of Criminal Procedure que entró en vigor el 1 de septiembre de 1994, se establece la realización de la prueba sin mediar el consentimiento del

---

130. GIL HERNÁNDEZ, A., *Intervenciones corporales y Derechos Fundamentales*, ed. Colex, Madrid, 1995, págs. 44 y ss.

sospechoso, previa autorización, mediante resolución motivada, del “Investigating Judge”, únicamente para delitos castigados con penas de ocho o más años y en determinados casos como agresiones sexuales y graves malos tratos, cuando estas conductas conlleven penas de al menos seis años de prisión.

b) El grado de reincidencia

En cuanto a la segunda variable a tener en cuenta es la posible reincidencia en la comisión de hechos delictivos de similares características. La base de datos justifica su realización únicamente en cuanto el autor de un delito pueda volver a incurrir en una conducta similar, o si puede estar, y por tanto si estuvo implicado en alguna ocasión en un hecho delictivo, y se procedió al análisis de su ADN y el perfil resultante pasó a formar parte del archivo. Esta delimitación tiene especial sentido, si tratamos de la recopilación de datos a posteriori del enjuiciamiento del hecho, pues de cualquier estudio criminológico se deduce que existen determinados delitos en los cuales la reincidencia es mucho mayor, por lo cual se podría justificar la intervención corporal con carácter posterior a la condena, aún cuando esta práctica probatoria no hubiese sido necesaria para la investigación del delito.

En buena política criminológica, el catálogo de estos delitos no puede ni debe ser establecido en base únicamente a un número de años determinado de condena, pues el binomio a mayor condena mayor reincidencia, no siempre se cumple, siendo por ejemplo, mucho más habitual la reincidencia en delitos contra la libertad sexual que en los delitos contra la vida.

c) El hallazgo frecuente de vestigios biológicos

La tercera variable que se debe tener en cuenta para que una base de datos de ADN sea eficaz es que se conforme sobre hechos delictivos en los que sea probable encontrar vestigios biológicos susceptibles de análisis. Así por ejemplo no tiene sentido prever el archivo de análisis de ADN procedente de los condenados por delitos de los denominados “económicos” por muy alto que sea el grado de reincidencia o muy elevada que sea la pena. Esto no significa que no se pueda plantear la posibilidad de utilizar el análisis de ADN en un caso concreto en que sea útil en la investigación pero no sería proporcionado y útil conformar un archivo de perfiles ante la remota posibilidad de que aparezca un vestigio biológico relacionado con este tipo de delitos. No entraría dentro de lo que el Tribunal Constitucional expone, como razón de



necesidad en los presupuestos tan reiterados: legalidad, necesidad, proporcionalidad, y utilidad.

Teniendo en cuenta los criterios de gravedad, reincidencia, y posibilidad de encontrar vestigios, podemos enumerar algunos delitos como criterio a adoptar en las una bases de datos de ADN en nuestro país:

- a) Delito de asesinato y homicidio doloso sea consumado o sea en grado de tentativa.(Arts. 138 y 139 del Código Penal).
- b) Delito de lesiones consumado en el que se produzca por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia. La esterilidad, una grave deformidad, una grave enfermedad somática o psíquica (art. 149 del Código Penal).
- c) Delito de secuestro (art. 164, art. 165, art. 166, y art. 167 del Código Penal)
- d) Delito de abusos y agresiones sexuales. (Capítulo primero y segundo del Título VIII del Libro II del Código Penal).
- e) Delito de estragos dolosos (art. 346 Código Penal).
- f) Incendio con peligro para las personas (art. 351 Código Penal).
- g) Delitos de terrorismo (Sección 2ª del Capítulo V del Título XXII del Libro II del Código Penal).
- h) Delitos contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas: delitos de narcotráfico (arts. 368 a 378 del Código Penal).
- i) Delitos de robo con violencia o intimidación. (art. 242 del Código Penal).

En el análisis de un caso concreto consideramos que puede extenderse su realización a un mayor número de delitos dolosos, ya que el Juez Instructor ponderará entonces la necesidad y proporcionalidad de la toma de muestra y cotejo en un determinado vestigio.

Puede parecer sin embargo desproporcionado, considerar que la prueba de ADN incluso para un supuesto concreto, se pueda llevar a cabo en cualquier tipo de delito doloso dejando la valoración de la necesidad proporcionalidad y utilidad, únicamente en manos del Juez Instructor. La Recomendación R (92) del Consejo de Europa parece autorizar el empleo del ADN para cualquier tipo de delito cuando en la Recomendación

numero 5 establece “el recurso a los análisis de ADN debe ser autorizado en todos los casos apropiados, cualquiera que sea el grado de gravedad de la infracción”. El memorandum explicativo que acompaña la Recomendación expone que el interés de la defensa conlleva a prescindir de la limitación de la utilización de la prueba de ADN en las infracciones graves, interpretando que desde la perspectiva de la defensa se puede prescindir del juicio de proporcionalidad del análisis del ADN, no así desde la perspectiva de la acusación, donde debe mantenerse la exigencia de proporción entre la gravedad inherente a los análisis de ADN y la gravedad del hecho punible en cuyo esclarecimiento se pretenden utilizar.

En caso de falta de consentimiento del sometido a la prueba sólo podrá practicarse la prueba contra el consentimiento del obligado en caso de que la investigación verse sobre un delito de los llamados graves.

La distinción a la que hacíamos referencia entre supuesto concreto y perfiles genéticos susceptibles de ser incluidos en la base de datos, también es recogida por la Recomendación N° (92) 1 del Consejo de Europa. Cuando se refiere al tratamiento de los resultados obtenidos de los análisis, la recomendación octava establece la conservación únicamente cuando se trate de infracciones graves contra la vida, la integridad y la seguridad de las personas.

h) Orden judicial: Una vez acordada en resolución judicial la práctica de la prueba de ADN surge la cuestión de cómo tomar la muestra biológica para dicha prueba si el sujeto sometido a la misma se niega en rotundo a facilitarla. Inmediatamente surge un interrogante: El ordenamiento español no lo admite. La falta de una previsión legal expresa ha motivado que la doctrina y la jurisprudencia sean coincidentes en este punto. Pero ocurre en otra serie de inferencias que pueden ofrecer una mayor oposición física y que, sin embargo, son admitidas legalmente. Así, la negativa de un sujeto a ir a prisión, a ser conducido a un Juzgado, a ser detenido, a desalojar un determinado lugar, etc., no ofrecen dudas acerca del posible empleo de fuerza, siendo, además, supuestos en los cuales es posible que no haya una previa intervención judicial que clarifique el estado de cosas a diferencia de la negativa a someterse a una prueba de ADN que haya sido previamente ordenada por la autoridad judicial.

Sin perjuicio de que ante una negativa injustificada a someterse a un análisis genético, el juez pueda ordenar formalmente la toma de la muestra (incluso empleando fuerza física sobre el sujeto), analizando aquellos casos en los que por la razón que fuere, la muestra no ha podido ser obtenida o analizada siendo esta imposibilidad imputable al acusado, ello puede ser valorado de alguna manera por el tribunal. La discusión se plantea en términos similares en los procedimientos civiles de filiación, cuando el demandado (presunto padre) se niega a ceder una muestra biológica para proceder a la realización de una prueba genética de paternidad, habiendo sido objeto de un tratamiento más profuso por la jurisprudencia en este contexto.

A falta de la prueba biológica, el tribunal puede basarse en otras para dictar sentencia. No es necesario, pues, que haya que acudir necesariamente en primer lugar a las biológicas. La negativa a someterse a las pruebas biológicas constituye una prueba de carácter presuntivo basada, en consecuencia, en una deducción llevada a cabo por el juez. Por lo que respecta al alcance concreto que hay que darle a la negativa como elemento probatorio, el Tribunal Supremo ha establecido de forma unánime y reiterada que dicha negativa no puede ser entendida como constitutiva de *una ficta confessio*. es decir, que no cabe deducir de esa actitud una confesión de paternidad por parte de quien rechaza la práctica de la prueba sobre su persona, pero sí “... constituye un indicio cualificado que, en unión de otros medios probatorios, debe conducir a declarar la existencia de la paternidad cuestionada, máxime si se tienen en cuenta los intereses constitucionales en juego..” (STS 4 de julio de 1996).

Esta doctrina jurisprudencial ha sido asumida por el legislador a través de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en cuyo art. 767.4 se dispone lo siguiente: “...La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad u maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios...”

La solución es similar en el ámbito del proceso penal, si bien no existe un precepto equivalente al ya mencionado art. 767.4 LEC. La negativa injustificada o no razonable a someterse a la prueba por parte del requerido no debe tomarse como *una ficta confessio* (en este contexto, reconocimiento implícito de culpabilidad. Pero sí puede tenerse en cuenta este comportamiento obstruccionista de la labor de la justicia como un

indicio junto con los demás elementos probatorios aportados en el proceso. En concreto puede citarse en este sentido la Sentencia del STS del 4 de octubre de 1994 que valoró la negativa a someterse a la prueba de ADN en unión de otros elementos indiciarios, como una actividad probatoria “... *apta para enervar la verdad interina de inculpabilidad en que la presunción iuris tantum de inocencia consiste...*”. En línea similar, la STS de 4 de febrero de 2003, recordó que “(...) *cuando la negativa a someterse a la prueba del ADN. carece de justificación o explicación suficiente, teniendo en cuenta que se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, puede ser inculpatario o exculpatario, nada impide valorar racional y lógicamente esta actitud procesal, como un elemento que, por sí solo, no tiene virtualidad probatoria, pero que conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas el órgano juzgador...*”.

Más recientemente, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de febrero de 2010, ha matizado la fuerza indiciaria de la negativa del acusado. Así, parte reconociendo que la negativa no hace sino expresar el libre ejercicio del derecho del imputado a no colaborar en la obtención de las pruebas de cargo y reitera la doctrina expuesta en sentencias tales como la STS de 15 de noviembre de 2000, en el sentido de que la participación criminal no puede deducirse de la falta de explicaciones verosímiles por parte de quien está amparado por la presunción de inocencia, sino del resultado de un proceso lógico cuyo punto de arranque se sitúa en el conjunto de hechos base llamados indicios, con capacidad -ellos mismos, y por sí mismos- de conducción por vía deductiva y de modo lógico, a una conclusión llamada hecho consecuencia. Es por ello que concluye afirmando que “(...) *la negativa de Luis Ángel a someterse a las pruebas de ADN no es un indicio más a sumar a los verdaderos indicios, pero sí puede ser valorada por el órgano decisorio como un elemento que avala la lógica de la inferencia sobre la que se apoya la conclusión de que el recurrente es autor de los delitos imputados...*”

En definitiva, de este modo se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que por tal motivo se vulnere el derecho a la presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo (derecho fundamental recogido en el art. 24 CE), ni se genera indefensión para ninguna de las partes.

i) La toma de muestras contra el consentimiento del interesado:

Las muestras, necesarias para la prueba, que pueden tomarse sin el consentimiento del interesado se pueden dividir en:

a) Toma de vestigios del lugar de los hechos o de objetos del sospechoso sin su consentimiento

Abarcando:

- 1) muestras que se encuentran en el lugar de los hechos y que al pertenecer al acusado evidencian su presencia en dicho lugar (semen en el de la víctima -STS 24 de febrero de 1995-; o en su pantalón -STS 23 de mayo de 1997-; o hallado en frotis vaginal en el cuerpo -ATS 18 de junio de 1997-; células epiteliales del acusado en cápsula conteniendo droga que escondió en dependencias policiales tras expulsarla -STS 13 de mayo de 1998- ; colilla en cubo de agua en casa de la víctima - STS 14 de abril de 1997, etc.)
- 2) muestras que no pertenecen al acusado sino a la víctima, que se localizan en objetos del acusado demostrando así cuando menos un contacto personal con la víctima (sangre de la víctima que coincide con la hallada en la suela de las botas del acusado -STS 31 de octubre de 1998-; restos de sangre de la víctima en la navaja ocupada en casa del acusado -STS 28 de enero de 1998-, etc.)

En los casos de los apartados anteriores, el Juez de Instrucción deberá tomar tales muestras, incorporándolas al procedimiento, en los términos que establece la LECrim para la inspección ocular (arts. 326 y ss.), el cuerpo del delito (arts.334 y ss.), o la diligencia de entrada y registro (art. 478). Ha apuntado la doctrina<sup>131</sup> en relación con tal recogida, que en la práctica además de a los médicos forenses se atribuye a la Policía Judicial bajo la supervisión del Juez conforme autoriza el art. 31 de la LO de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que lo esencial es que se realice por personal especializado y de forma que se garantice absolutamente lo que se ha llamado cadena de custodia de la muestra es decir, la identidad entre la muestra recogida y la analizada.

Podemos encontrarnos ante muestras biológicas dubitadas o “supuestamente” indubitadas. Estaremos en el primer caso cuando no hay ningún indicio razonable de la identidad del sujeto fuente, estando dirigido el análisis genético a la identificación del mismo (pudiendo ser éste cualquier persona, la víctima, un testigo, un individuo que estuviere en ese lugar en otro momento, el autor, etc.).También puede suceder que

---

131. LUZON CUESTA, J.M.; “La investigación sobre el ADN y sus problemas. Toma de muestras”. Revista del Ministerio Fiscal, núm. 6, 1999, págs. 299 y ss.

estando la muestra biológica en cuestión separada del cuerpo de una persona, haya indicios racionales para pensar que el sujeto fuente es una persona identificada. En estos casos hablamos de vestigios biológicos «supuestamente» indubitados, pues en realidad al no haber sido obtenidos directamente del sujeto. Siempre puede quedar una cierta duda sobre su procedencia real (por ejemplo, la persona a la que se ha visto tirar una colilla en un cenicero ha permitido dar una calada a un tercero). Ciertamente que en otros casos la certeza sobre la procedencia puede ser total (los policías que dan un cigarro a un sospechoso durante el interrogatorio en las dependencias policiales el cual es recogido del cenicero tras el mismo).

Surge entonces, el interrogante sobre si es necesaria la autorización judicial para la recogida de muestras o si se pueden recoger sin dicha autorización:

Estos vestigios biológicos serán normalmente recogidos, siguiendo los protocolos establecidos al efecto, por la Policía Judicial. Como punto de partida, conviene señalar que la licitud de la obtención de estas muestras por parte de la policía está avalada por la LO 2/1986, de 13 de marzo de 1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como por el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial.

*“...El art, 11.1 de la LO 2/1986 dispone que «las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones: (...) g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del juez o tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes...”*

Y según el art. 4 del referido RD 769/1987:

*“...Todos los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cualquiera que sean su naturaleza y dependencia, practicarán por su propia iniciativa y según sus respectivas atribuciones, las primeras diligencias de prevención y aseguramiento así que tengan noticia de la perpetración del hecho presuntamente delictivo, y la ocupación y custodia de los objetos que provinieren del delito o estuvieren relacionados con su ejecución, dando cuenta de todo ello en los términos legales a la autoridad judicial o fiscal, directamente o a través de las unidades orgánicas de Policía Judicial...”*

Además, habría que tener igualmente en cuenta el art. 284 LECrim. de acuerdo con el cual los agentes de la Policía Judicial han de poner en conocimiento de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal las actuaciones que realicen en el curso de una investigación criminal.

La LECrim exige, en su art. 326, lo siguiente:

“[I] Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, *el Juez instructor o el que haga sus veces ordenará que se recojan y conserven* para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho (...) [III] Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, *el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense* que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282...”, según el cual “...la Policía judicial tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación: practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de *cuya desaparición hubiere peligro*, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial ...”.

En esta la normativa aplicable al caso, se determina claramente que el Juez adoptará u ordenará a la policía Judicial o al Médico Forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad. Aunque lo que se establece literalmente en este precepto es que el Juez -el Juez de Instrucción-, por sí o encomendándolo a la Policía Judicial o al Médico Forense, adoptará una serie de medidas sobre las muestras que garanticen su autenticidad, entendemos que lo que en realidad se establece es que la recogida, custodia y examen de esas muestras o vestigios deberá contar con la autorización y el control judicial, sin perjuicio, naturalmente, de que todo ello se lleve a cabo con la diligencia y cautela exigibles.



Esta reserva judicial, que es acertada, en virtud de la materia sobre la que versa, lo es sin perjuicio de lo que dispone el art. 282 LECrim. Al que se remite, de forma excesivamente genérica, el art. 326 LECrim<sup>132</sup>. Dicha remisión ha de resolverse como dirigida al punto en el que se encomienda a la Policía Judicial la recogida de todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos disposición de la Autoridad Judicial. Se trata de una exclusión a las atribuciones genéricas que se otorgan al Juez, justificada por el peligro de la desaparición (o destrucción o contaminación invalidante, pues en ambos casos existe el peligro de inutilidad funcional de la muestra ) del vestigio, y que por ello habrá de dársele un uso excepcional. Sin perjuicio de que sigue en manos del Juez adoptar las decisiones que estime oportunas sobre la custodia y examen de la muestra así obtenida (por ej. encomendar la realización de los análisis a un determinado laboratorio público).

La mención que hace el art. 326 LECrim sobre las medidas para garantizar la autenticidad de las muestras alude a varios aspectos que son muy importantes para la fiabilidad del análisis del ADN. En primer lugar, ha de garantizarse lo que se conoce como la cadena de custodia, esto es, que desde el hallazgo del vestigio hasta que se realizan los análisis oportunos del mismo en el laboratorio deben adoptarse medidas que aseguren la identidad de la muestra, debiendo dejar constancia o traza de todos los pasos que se han ido dando con la misma, incluidas las personas que han intervenido y han podido estar en contacto con la muestra en cada uno de ellos (p. ej., agentes de la policía, encargados de su traslado, empleados del laboratorio).

En segundo lugar, ha de prevenirse la contaminación de la muestra o vestigio, lo que puede ocurrir por la interferencia de agentes externos o ambientales, preexistentes, coetáneos o posteriores a la generación del vestigio. Así, puede producirse un deterioro de la muestra por la acción de agentes químicos o ambientales que se encontraban previamente a la perpetración del hecho delictivo, puede mezclarse con otros indicios provenientes de la víctima o de animales, o por indicios biológicos de quienes recogieron, almacenaron, abrieron y analizaron el vestigio.

El art. 326 III LECrim menciona huellas, vestigios y muestras, incurriendo en

---

132. Para el procedimiento abreviado, el art. 778.3 LECrim. Señala “.... El Juez podrá acordar cuando lo considere necesario, que por el médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se le señale...”



una cierta confusión terminológica. La expresión que nos interesa es la de vestigio, pues una huella sólo tiene interés si contiene sustancia biológica a partir de la cual realizar el análisis, y el vestigio no deja de ser una muestra específica<sup>133</sup>, la hallada en el lugar de los hechos y por extensión, sobre el cuerpo de la víctima, en los sujetos que intervinieron en el delito, o en otras circunstancias (p. ej. si esos vestigios han sido trasladados voluntaria o accidentalmente a otro lugar).

Con posterioridad a la reforma de la LECrim, la LO 10/2007, reguladora de a base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN trata de esta cuestión en su Disposición adicional tercera. En esta disposición se prevé expresamente que se precisa autorización judicial “...cuando se trate de intervenciones corporales sin el consentimiento del afectado...”, sin hacer mención al supuesto en que dicha intervención no es necesaria, como es el caso al que nos estamos refiriendo. Ahora bien, la cuestión no queda claramente resuelta, puesto que también cabría interpretar que no se descarta este requisito en los supuestos que ahora nos ocupan. Es decir, cuando se requiera intervención corporal sin consentimiento, la autorización judicial es precisa “...en todo caso...”, mientras que no siendo necesaria dicha intervención corporal, la autorización judicial podría omitirse, por ejemplo, cuando haya razones de urgencia que así lo aconsejen. Es decir sería de plena aplicación la regla general prevista en los mencionados 326 y 282 LECrim, que no se vería afectada en modo alguno por la LO 10/2007.<sup>134</sup>

Luego de dos sentencias con criterios contradictorios, el TS, y ante la necesidad de volver a pronunciarse sobre la misma cuestión en la que fuera STS 179/2006, de 14 de febrero<sup>135</sup>, el TS decidió someter esta controvertida cuestión al

---

133. Ver definición de la Ley 14/2007 de 3 de julio, de Investigación Biomédica “... cualquier materia biológico de origen humano susceptible de conservación y que pueda albergar información sobre la dotación genética característica de una persona...”.

134. Aunque hay algunos autores que creen que esta ley eliminaría el requisito de intervención judicial, así PASTOR, J.M. “Controversia jurisprudencial y avances legislativos sobre la prueba de ADN en el proceso penal”. La Ley penal: revista de derecho penal procesal y penitenciario, Nº 46, 2008, págs. 42-73

135. Sentencias en las que la policía obtuvo muestras biológicas “ supuestamente indubitadas, sin que fuera necesaria ningún tipo de intervención corporal. En la STS 501/2005 un policía vasco, de la celda correspondiente, con un hisopo, recogió restos biológicos de un escupitajo correspondiente a la persona que allí se encontraba reclusa...” Así en abril de 2004 se produce una Sentencia de la Audiencia Nacional por medio de la cual se condena a 8 años de prisión a un individuo por la quema de un autobús dentro de un acto de “kale borroca” en la 1311/2005 se recoge que “... una vez detenido Oscar, el día 24-10-2002 y hallándose en una celda de la sede policial, arrojó un esputo al suelo de la celda antes de salir para el baño, siendo el mismo recogido por el policía que le custodiaba para

Pleno de la Sala Segunda, el cual llegó a la siguiente postura: “....La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial...” Esta doctrina fue ya aplicada en la mencionada STS 179/2006 y continúa vigente en la actualidad.

Algunas cuestiones deben ser analizadas en relación con la doctrina jurisprudencial consolidada tras el Acuerdo del Pleno y la STS 179/2006:

a) la necesidad de autorización judicial para tomar muestras biológica (dubitadas o indubitadas) sin intervención corporal a efectos de determinar la licitud o ilicitud de la prueba pericial; en este tema, el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del TS citado es tajante. Así pues, no se requiere autorización judicial para que la Policía Judicial pueda recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso.

Esta postura del TS (ya confirmada en su sentencia 179/2006) difiere de la mantenida en la sentencia, STS 501/2005, que parecía más ajustada al texto de Ley. Mantuvo que “....las normas procesales antes referidas imponen al juez la obligación de actuar personalmente en la recogida de toda clase de muestras, cuando se quiere que el acto tenga valor probatorio, obligación que tiene su justificación no en desconfianza alguna hacia la policía, sino en que, salvo las razones de urgencia antes citadas y que en el caso presente no concurrieron, es a la autoridad judicial a quien corresponde la práctica de actuaciones que tienen un verdadero y propio contenido procesal a las que la actuación del secretario como fedatario pública (arts. 281 y 473 LOPJ) confiere autenticidad documental...”.

Para el TS los vestigios biológicos, una vez, se separan del cuerpo de la persona, sin que éste muestre una voluntad de mantenimiento de su titularidad sobre los mismos, se convienen en *res nullius* y por ende accesible a la fuerza policial si puede constituir un instrumento de investigación de los delitos. Así pues, estas muestras, consideradas abandonadas por su titular originario (el sujeto fuente), pueden ser recogidas por la policía e incorporadas válidamente al proceso penal en curso. Por supuesto, ello deberá ser válido no únicamente para los casos en los que se recogen muestras biológicas

---

*que se procediera a su estudio genérico...”. Los argumentos usados por el tribunal respecto de la validez de la prueba realizada fueron “El esputo arrojado en la celda es considerado indubitado por el Tribunal al haber declarado como testigo el policía que lo recogió. No requiere consentimiento ni autorización judicial a tratarse de una muestra arrojada y abandonada voluntariamente por parte de quien escupe...” y los hechos probados de la sentencia STS 179/2006 constatan que “... ante unos jóvenes sospechosos, se les sigue en un momento que arrojan una colilla al suelo, se procede a la recogida de la muestra entregándola a la Jefatura de Policía...”*

«supuestamente» indubitadas procedentes del sospechoso, sino también para cualesquiera otras muestras biológicas dubitadas (sangre, pelos, semen encontrado en el lugar del crimen), o para muestras biológicas «supuestamente» indubitadas procedentes de otros sujetos (por ejemplo, la víctima).

En definitiva, el TS mantiene que en la recogida de muestras sin necesidad de intervención corporal para la práctica de análisis sobre ADN, conforme al art. 326 LECrim. la competencia la tendrá tanto el juez como la policía, dada su obligación común de investigar y descubrir delitos y delincuentes. Reconoce, efectivamente, que las medidas de garantía para la autenticidad de la diligencia deberán adoptarlas, según el orden preferencial siguiente: primero, el juez de instrucción en los casos normales; en supuestos de peligro de desaparición de la prueba también la policía judicial en atención a la remisión que el art. 326 hace al 282.

No obstante, el TS estima oportuno “...interpretar de forma flexible las facultades atribuidas a la policía, dada la vetustez del párrafo 1º del mencionado art. 282 al que remite el art. 326, que debe verse enriquecido con una interpretación armónica en sintonía con el contexto legislativo actual, en atención a las más amplias facultades concedidas a una policía científica especializada y mejor preparada, con funciones relevantes en la investigación de los delito...”<sup>136</sup>.

No parece que este Acuerdo sea muy riguroso con el texto legal, o al menos conforme a lo que parece deducirse de tan escueto contenido. En realidad la interpretación combinada de los arts. 326 y 282 de la LECrim que se sustentó más arriba es la que habría de prevalecer, es decir, que la iniciativa de la policía judicial sin la previa autorización del juez sólo es legalmente admisible cuando, a juicio de aquélla, hubiera peligro de que el vestigio pudiera desaparecer o malograrse.

b) los efectos jurídicos que pueden derivarse de la falta de intervención judicial en la recogida del vestigio biológico; una recogida de muestras biológicas por parte de la Policía Judicial sin intervención judicial no vicia necesariamente de nulidad la prueba de perfiles de ADN en el sentido del art. 11.1 LOPJ pues ningún derecho fundamental se ha vulnerado. En efecto, la mera recogida de un material biológico «abandonado», es decir, sin que haya sido necesaria una intervención corporal, no vulnera el derecho a la libertad física o a integridad física ni el derecho a la intimidad

---

136. SSTS 14 de febrero, 4 de octubre, y 2 de marzo de 2009.

(corporal o genética), en los términos ya expuestos. Por ello, la prueba así obtenida no sería una prueba ilícita, sino una prueba ilegal o defectuosa. Ante la falta de autorización judicial en la recogida del vestigio, no habiéndose acreditado razones de urgencia, si a continuación éste se incorpora al procedimiento poniéndolo a disposición de la autoridad judicial. como mucho, ello podría ser considerado como una infracción procesal, que no invalidaría la prueba de ADN per se<sup>137</sup>.

La STS 179/2006, que argumenta a favor de la no necesidad de la autorización judicial para la recogida (en la línea sentada por el Acuerdo del Pleno del TS), señala que no es necesaria autorización judicial para la recogida de la muestra, aunque no existan razones de urgencia; pero que si no existe dicha autorización, nos hallamos ante una infracción procesal. No es fácil encontrar la coherencia a este razonamiento de nuestro máximo órgano judicial.

Dice así: “....habría que plantearse los supuestos en que sin ordenarlo el juez instructor y sin existir riesgo de que la prueba se pierda o desaparezca, intervenga la policía y conforme a sus protocolos proceda a la recogida y práctica documentada de la diligencia, poniéndola en conocimiento del juez y aportando a la causa sus resultados. En estos casos nos hallaríamos ante una infracción procesal, que no viciaría de nulidad la diligencia, sin perjuicio de la devaluación garantista de autenticidad provocada por el déficit formal que podría llegar hasta la descalificación total de la pericia si la cadena de custodia no ofrece ninguna garantía (...)”

Este razonamiento puede estar condicionado por la argumentación de la STS 501/2005 que intenta ahora enmendarse. En esta sentencia se dice, como se expuso más arriba, que dada la falta de intervención judicial en una recogida de muestras biológicas por parte de un policía, sin quedar acreditada la urgencia, el vestigio biológico en cuestión no puede ser utilizado en el proceso, y su incorporación habría vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. Efectivamente, esta conclusión puede resultar excesiva si no se matiza, pues no toda infracción procesal conlleva la nulidad de la prueba.

Para corregir esta línea argumental el TS en vez de decir, simplemente, que no toda infracción procesal conlleva la nulidad de la prueba, lo que hace es negar la premisa mayor, es decir, que no se requiere intervención judicial para la toma de

---

137. STS de 25 de junio de 2001.

muestras. Aunque posteriormente no puede evitar decir que el elemento esencial no es éste, pues no puede dejar de admitir que la Ley es clara al exigir dicha intervención, sino el hecho de que la ausencia de intervención judicial no vicia de nulidad la pruebas sino que simplemente es una infracción procesal, conclusión con la que podemos estar de acuerdo.

Queda finalmente por determinar cuándo esa infracción procesal impide la incorporación de la muestra al proceso. De nuevo aquí la STS 501/2005 nos sirve de ayuda. Aquí se recoge un supuesto evidente de recogida de muestras con errores manifiestos que hace que el vestigio no puede ser aportado al proceso penal, pues en el presente caso ni siquiera consta en las actuaciones diligencias o informe alguno en el que conste por escrito esa recogida policial de la muestra biológica luego utilizada como para compararla con la obtenida del examen de los restos sacados de la manga del jersey. Sin embargo, como dice la STS 179/2006 *“....garantizada la cadena de custodia, al Tribunal no le ofrece la menor duda que la muestra recogida pertenece a la persona vigilada y que los perfiles genéticos se corresponden con los hallados en las muestras dubitadas intervenidas en su día...”*

Lo importante es si se ha garantizado la cadena de custodia; como dice la STS de 3 de diciembre de 2009 en un caso en el que no se levanta acta de la diligencia de ocupación de una lata de la que se toman muestras biológicas, no estando presente el secretario judicial, *“...la presencia del secretario es requisito necesario para la validez de esta actuación como prueba preconstituída, pero no para la validez de una diligencia policial como mero acto de investigación y así al tratarse de meras diligencias de investigación carecen en sí mismas de valor probatorio, aunque se reflejen documentalmente en un atestado policial, por lo que los elementos probatorios que de ellas pudiesen derivarse deben incorporarse al juicio oral, mediante un medio probatorio aceptable en derecho: por ejemplo, la declaración testifical de los agentes intervinientes debidamente practicada en juicio con las garantías de la contradicción y la inmediación...”*

Por lo tanto, si en el plenario queda suficientemente verificada, a juicio de la Sala, la correcta recogida de las muestras y su tratamiento posterior, atendiendo a las declaraciones de los agentes intervinientes. Resulta injustificado atribuir el carácter de nula a la prueba, pese a la irregularidad cometida. Lo esencial es pues, que la recogida

se lleve a cabo personal especializado y de forma que se garantice absolutamente la «cadena de custodia» de la muestra, esto es, la identidad entre la muestra recogida y la analizada. Evidentemente, la intervención judicial desde la recogida evita (o al menos, dificulta) que se ponga en cuestión la legalidad de la obtención de la muestra y la cadena de custodia<sup>138</sup>.

c) la necesidad de autorización judicial para el análisis de muestras biológicas tomadas sin dicha autorización: el gran dilema surge cuando la muestra biológica obtenida sin autorización judicial ha sido sometida a un análisis genético igualmente sin autorización del Juez competente y lo que se incorpora al procedimiento no es la muestra, a fin de que el juez decida qué destino darle, sino el perfil del ADN.

Todo análisis genético ofrece datos personales del sujeto fuente (tanto si se hace sobre el denominado ADN codificante, como si se trata del ADN no codificante, distinción que hoy en día es más que cuestionable). En consecuencia, todo análisis genético no consentido vulnera el derecho fundamental a la intimidad. Por ello, para su práctica se requiere, una resolución judicial motivada.

Así lo expuso claramente en un *obiter dictum* la STS 501/2005: “...Vamos a situarnos en la hipótesis de que realmente hubiera existido una razón de urgencia en la actuación policial al recoger la muestra biológica en la celda que venía ocupando el acusado aquí recurrente. Incluso en tal hipótesis nos encontraríamos ante una prueba ilícita por otra razón de orden procesal: no existió resolución judicial alguna que ordenara o autorizara la prueba pericial de ADN sobre la mencionada muestra biológica. Y ello era necesario...” (F.J. 4).

En efecto, el párrafo primero del art. 363 LECrim, establece que “...los juzgados y tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia ...”. Esta norma exige, sin ningún género de dudas, que sea la autoridad judicial la que ordene la práctica de cualquier análisis químico y ello con unas facultades singularmente restrictivas al decir “...únicamente en los casos que se

---

138.STS de 3 de diciembre de 2009 “... el acta levantada por el secretario judicial constituye el único vínculo que permite la valoración de la diligencia como prueba preconstituida en cuanto a su contenido y la reseña de los efectos hallados, sin que precise de ratificación alguna por parte de las personas que hubieran intervenido, derivando su función acreditativa a la propia naturaleza de la función orgánica atribuida al Secretario Judicial...”

*consideren absolutamente indispensables...*”<sup>139</sup>. Es evidente, igualmente, que la expresión «análisis químicos» incluye los análisis genéticos.

En casos como los ahora analizados, a falta de resolución judicial que ordene que la práctica de la mencionada pericial, se produce un defecto de orden procesal que convierte a la prueba de perfiles de ADN en una prueba ilícitamente obtenida. Y, ahora sí, se infringe e art. 11.1 LOPJ a vulnerarse un derecho fundamental, como es el derecho a la intimidad, lo cual convierte a la prueba en nula de pleno derecho.

La STS 179/2006 admite, raramente, que el análisis genético de la muestra biológica obtenida por la policía sin autorización judicial pueda ser igualmente realizado sin dicha autorización. En realidad, se habla de que existe una «autorización tácita o indirecta del juez», pero ello no parece, en modo alguno, admisible, pues tratándose de la vulneración de derechos fundamentales se exige una resolución (en forma de auto) expresa y motivada.

No obstante lo anterior, no podemos desconocer que nuestro TC ha relativizado, en cierta medida, la exigencia, en todo caso, de intervención judicial previa para proceder a una actuación que afecte al derecho a la intimidad. Así, ha afirmado que *“...tratándose de una intervención que afecte al derecho a la intimidad, la regla general es que sólo mediante una resolución judicial motivada se pueden adoptar tales medidas y que de adoptarse sin el consentimiento del afectado y sin autorización judicial, han de acreditarse razones de urgencia y necesidad que hagan imprescindible la intervención inmediata y respetarse estrictamente los principios de proporcionalidad y razonabilidad...”*<sup>140</sup>.

La valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse *ex post*, y es susceptible de control judicial *ex ante*, al igual que el respeto del principio de proporcionalidad. La constatación *ex post* de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales<sup>141</sup>.

Según la jurisprudencia constitucional, para poder admitir una prueba de ADN

---

139. Muchas veces se cae en el error de pensar que los análisis genéticos de ADN no codificante no dan información personal.

140 STS 206/2007, de 24 de setiembre.

141 SSTC 70/2002, de 3 de abril FJ 10 y 206/2007, de 24 de setiembre FJ 6.



en un proceso penal deben concurrir alguna de las tres circunstancias siguientes: a) consentimiento previo y expreso del afectado; b) autorización judicial previa de la práctica del análisis; o intervención judicial posterior al análisis (cuando ha sido practicado a petición de la policía por razones de urgencia y necesidad) ponderando los intereses en conflicto, teniendo en cuenta el derecho fundamental en juego, que permita considerar justificada a la vista de las circunstancias del caso- la actuación policial sin previa autorización judicial.

En relación con la prueba de perfiles de ADN, no será muy habitual que concurren circunstancias excepcionales en el caso concreto que impidan la intervención judicial previa con la celeridad necesaria para asegurar que la analítica pudiera llegar a practicarse. Pero aun admitiendo que ella pueda haber sido así, añade el TC que, en cualquier caso, resultaría constitucionalmente exigible que la policía ponga de forma inmediata en conocimiento del Juez que se ha ordenado practicar el correspondiente análisis (digamos, de ADN) y remita el mismo al órgano judicial (pues no existe razones de urgencia imaginables que permitan justificar, una vez ya practicado el análisis el acceso de la policía a los datos de la intimidad sin la intervención judicial), para que sea el órgano judicial quien, a la vista de todos los datos aportados, decida motivadamente si resultaba o no la injerencia en el derecho fundamental, autorizando o no la incorporación al proceso del resultado del análisis de sangre.

j) Toma de muestras obtenidas de vestigios procedentes directamente del imputado sin su consentimiento:

Se trata de vestigios del imputado en los que se contienen células suyas de las que pudiera obtenerse ADN y que no precisan de su colaboración para ser tomadas. Así: células contenidas en una colilla, en un vaso, en un pañuelo, en ropa interior, etc. En estos casos es evidente que se trata de poder cotejar el análisis de la muestra que se trata de recoger con un perfil ya anteriormente analizado (por ejemplo un vestigio encontrado en el lugar de los hechos). La obtención de estas muestras a través del cumplimiento de la orden judicial de entrada y registro en el domicilio del sospechoso o en su lugar de trabajo o en cualquier otro, no plantea problemas jurídicos específicos. Ahora bien, las dificultades en estos casos se hallan en las dudas sobre la fiabilidad de la prueba derivadas de varios factores: la posible dificultad para establecer la identidad de la muestra con el “muestreado” (piénsese en el supuesto de que la vivienda del sospechoso



fuera habitada por varias personas o que se introdujera la duda acerca de la pertenencia de la muestra a un visitante ocasional de la vivienda); también por la posible interferencia en el análisis de determinados factores que inciden en la muestra por el modo de la toma (suscitando el problema de la contaminación de la muestra o de la muestra degradada). En definitiva, este tipo de análisis sobre muestras obtenidas sin el consentimiento del sospechoso a través de la localización de “excrecencias” suyas, puede resultar simple en su práctica o realización, pero complicado en su valoración ante la previsible existencia de dudas multiplicadas por la acción de la defensa sobre la identidad y fiabilidad del análisis.

Las anteriores consideraciones, son de interés en tanto que el juicio de proporcionalidad sobre la necesidad de una toma de muestras contra el consentimiento del sospechoso no puede ser rechazado por la simple consideración de que bastaría una toma de muestras sin su conocimiento mediante la recogida de una excrecencia. Como se ha razonado, la toma de muestras puede resultar de interés que se efectúe de una determinada manera que asegure su identidad y sus condiciones, factores que de no concurrir en una recogida de vestigios pueden dar lugar a un juicio positivo de proporcionalidad sobre la consideración de la necesidad de una toma directa de muestras del cuerpo del sospechoso. En definitiva, puede ser necesaria plantearse la toma de muestras contra la voluntad ya que, en ocasiones, no será suficiente con muestras que pudieran ser tomadas sin dicha voluntad.

k) Utilización de muestras del imputado que la dio voluntariamente para otros fines:

Si son aportadas al proceso, como medios de investigación y prueba, muestras biológicas o resultados de análisis genéticos voluntariamente facilitados por el acusado con finalidad distinta, por ejemplo como consecuencias de unos análisis en un centro hospitalario. En ese caso consideramos que en el estado actual de la legislación no es posible en nuestro ordenamiento que aún mediando decisión judicial se aporten al proceso aquellas muestras biológicas para su contraste con los vestigios recogidos en el sumario en base al derecho fundamental de todo individuo a la disponibilidad de su información genética. Sólo una decisión soberana expresada a través de la correspondiente ley reguladora podría imponer la cesión forzosa de la información

genética por razones de interés general, previo examen de constitucionalidad de la medida. Faltando el consentimiento, sólo la ley puede disponer la cesión de información perteneciente a la esfera correspondiente a la privacidad y libertad de las personas. En definitiva, no existiendo una obligación legal de proporcionar al Estado la información genética de cada individuo, sin que pueda ser obtenida por la fuerza en caso de negativa, la eventual disposición de los datos sobre el genoma del individuo de que se trate no puede provenir de una prestación voluntaria del acusado para fines médicos.

La segunda variante sería la posible utilización de una muestra proporcionada previo consentimiento en otro proceso distinto de aquél en que se pretende la pericia genética. En línea con esta posibilidad resulta interesante la cita de la STS 2461/2001, de 18 de diciembre, que, aún con el carácter de obiter dictum, resuelve una cuestión de enorme importancia al señalar: “...*cabría plantearse si el resultado de un análisis de ADN obtenido en una causa puede utilizarse en otra contra la misma persona aún sin su consentimiento para esta segunda utilización, y no habría razones para la respuesta negativa si la obtención fue inicialmente respetuosa con los derechos del acusado*”.

En su caso, deberá recabarse nuevamente el consentimiento del acusado en el proceso en el que pretenda practicarse la pericia, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que puedan deducirse de la negativa a la colaboración requerida.

No hay que olvidar por ejemplo la STS 1261/1994, de 21 de junio anteriormente citada que anuló la toma de un pelo del imputado pues se le había informado que era con fines exculpativos y ello pese a la asistencia letrada que podía informarle de las posibilidades que conllevaba un análisis de cabello. Lógicamente por tanto, si se ha prestado consentimiento para una prueba concreta sea judicial o extrajudicial y es utilizada en otro procedimiento, dicha prueba podría ser anulada. Estas afirmaciones admiten ricos matices procesales. Otra posibilidad sería que una vez dictada la resolución judicial en la que se le requiere para la toma de la muestra y habiéndose negado a ello se pueda recoger una muestra procedente del imputado con esa serie de métodos.

Como regla general, debe garantizarse la no utilización de las muestras biológicas para fines distintos de los que fueron autorizados o para los que se consintió

su obtención. Por ejemplo, si el perfil de ADN se realiza en un proceso penal, esa muestra no deberá emplearse para la determinación de la paternidad del sujeto; o para la investigación del grado de susceptibilidad o predisposición del sujeto para desarrollar alguna enfermedad; o para una hipotética averiguación de algunos aspectos de la personalidad del sujeto, incluso relacionados con comportamientos patológicos y supuestamente delictivos. Pero tampoco a la inversa, la utilización de las muestras obtenidas o de los análisis realizados con fines inicialmente médicos no habrán de utilizarse para las necesidades ulteriores de un proceso penal o civil<sup>142</sup>. Pero, puede darse el caso de que existan muestras biológicas almacenadas con fines de asistencia sanitaria o de investigación científica, y resulten útiles para su comparación con otras dubitadas (por ejemplo vestigios del sospechoso en el cuerpo de la víctima y una muestra de ese sospechoso almacenada en un hospital). En este supuesto se plantea la posibilidad de utilizar la muestra «hospitalaria» con un fin diferente al que motivó su recogida, sin que sea precisa una nueva intervención corporal.

Como regla general, el principio 3 de la Recomendación Núm. R (92) 1 dispone que “...*las muestras recogidas de personas vivas para el análisis de ADN con fines médicos, así como la información derivada de dichas muestras, no podrán ser utilizadas con fines de investigación y procesamiento por infracciones penales, salvo en las circunstancias expresamente establecidas en el Derecho nacional...*”.

En el ordenamiento jurídico español no existe una norma *específica* al respecto, si bien debe de tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 363 LECrim. que faculta al Juez de instrucción, concurriendo acreditadas razones que lo justifiquen, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN, así como su posterior análisis. Además, existen otros regímenes cercanos que *expresamente* se refieren al supuesto de cesión de soportes de información con fines de investigación judicial. En efecto, el artículo 16.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía de paciente y de derechos y obligaciones en materia de información clínica establece que “...*el acceso a la historia clínica con fines judiciales (...) se rige por lo dispuesto en la LO 15/1999, de Protección de Datos Carácter Personal, y en la Ley 14/1986, General de Sanidad, y demás,*

---

142. Recomendación R(92) I. del Consejo del Europa, del Comité de Ministros, sobre la utilización del análisis del ácido desoxirribonucleico (ADN) dentro del marco de la administración de justicia penal, sobre la utilización de muestras y de la información que de ellas se obtenga ( punto 3)

*normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato (...). Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso...”.*

Es oportuno citar en este contexto la STC 25/2005, de 14 de febrero, que resumió los requisitos para la licitud de la afectación al derecho a la intimidad personal que representa la aportación de documentación clínica como prueba pericial; primero, existencia de un fin legítimo en la petición de remisión del análisis (en aquel caso concreto, la protección de un interés general afectado por el peligro que entraña la conducción de vehículos de motor bajo el efecto del alcohol); segundo, habilitación legislativa (se considera suficiente a tal efecto los arts. 334.1 y 339 LECrim)<sup>143</sup>; tercero, que la prueba sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyan el objeto del proceso penal, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas e igualmente aptas para conseguir dicho fin; cuarto, que el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de los indicios existentes, y quinto, motivación en la resolución judicial que solicite la remisión de la documentación (lo que se omitió en el caso que resolvió la sentencia y llevó, entre otras razones a otorgar el amparo solicitado).

Este conjunto de razonamientos serían sin duda aplicables, por consiguiente, a la cesión de datos clínicos o partes de la historia clínica al Juez, a los Tribunales o al Ministerio Fiscal -no a la Policía Judicial, pues se menciona en el art. 11-2. d) de la LOPD-, es decir, de información generada con anterioridad que ha sido integrada en aquélla.

Una cuestión distinta es si las disposiciones que se han citado para sustentar esta posición habilitan del mismo modo para la cesión de *muestras, biológicas* con el fin de obtener indicadores a partir del ADN, esto es, *obtener información nueva*, antes inexistente, y que por ello mal podrían estar sometidos, al menos no parece que lo sea

---

143. STS 25/2005 de 14 de febrero.

de forma evidente, al régimen de protección de datos de carácter personal y a las excepciones que también puedan establecer las leyes, en virtud del interés general.. a cuestión es si, legalmente, se pueden dar los pasos previos necesarios para la generación de tal información, y cómo hacerlo. A tal fin tendremos que averiguar la respuesta pertinente a la vista de las disposiciones que tratan de forma específica de esta materia, o sea, el acceso a las muestras y la posterior realización del análisis. Se trata, en consecuencia, de un problema de legalidad, sin olvidar que en este caso es indudable la afectación de un derecho fundamental, como lo es el derecho a la intimidad, incluso antes de hacer la prueba, pues finalísticamente ésta se halla orientada a la afectación de este derecho fundamental.

Algún sector doctrinal entiende que igual que la historia clínica puede ser requerida motivadamente por el juez, también puede serlo la muestra que en definitiva, forma parte del soporte de la información relativa al paciente; y que lo mismo sería aplicable a las muestras almacenadas con fines de investigación biomédica. Esta postura confunde el acceso a (o cesión de) información existente con el acceso a material -la muestra- del que, una vez obtenida se va a generar información. Por tanto, debemos volver al punto de partida y plantear dos posturas que se hayan presentes en esta discusión:

Primero, el contenido de la historia clínica y otros documentos clínicos son exclusivamente datos, incluso en la forma de resultado de pruebas, (radiografías, ecografías, análisis, etc.), pero no otros materiales, como los biológicos obtenidos a tal fin o remanentes -sobrantes- de algunas pruebas o intervenciones, pues no están integrados en ella (en su sentido funcional, pues, obviamente, en el físico no lo están) y se enviarán depositados en los servicios correspondientes, no en el archivo de documentaciones clínicas. Se podría añadir que la cesión de la documentación clínica al juez debe limitarse a los datos pertinentes para la Investigación, lo cual ha de motivarse en la solicitud, es decir, se ceden unos datos determinados, sea cual fuere su número; mientras que la cesión de la muestra representa la de toda la información genética del sujeto, a la que potencialmente se podría acceder, más allá de la necesaria para su identificación; es decir, que no parece adecuado aplicar el régimen de cesión de documentación clínica al de cesión de la muestra biológica. En consecuencia, habrá de insistirse que la normativa citada anteriormente sobre el acceso a la historia clínica,

etc., con fines judiciales no es aplicable al caso.

Por lo que se refiere a la regulación relativa a la obtención y recogida de muestras indubitadas, recordemos en primer lugar el art. 363 LECrim habilita al juez para ordenar la obtención de muestras *del* sospechoso; la duda es si la referencia de posesión de las muestras debe interpretarse como que pertenezcan a él (aunque no se encuentren en su cuerpo, sino en otro lugar), o que se hayan obtenido de él -de su cuerpo- mediante intervención corporal. A la vista de las extremas garantías que se establecen en dicho precepto, parece contemplar únicamente las muestras que requieren inspección, reconocimiento o intervención corporal. Por otro lado, respecto al significado jurídico de los términos, ya señalamos la confusión con que se prodiga el art. 326 de la LECrim, pues por un lado alude a vestigios, que se entienden en el sentido de restos o indicios -biológicos- de algo sobre un hecho o acontecimiento cuya verdad está siendo objeto de averiguación, pero también a muestras, que son el objeto directo de una investigación o examen biomédicos en la legislación española.

Por su parte la Disposición Adicional tercera de la LO 10/2007, limita la acción de la Policía Judicial a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito, pero de ningún otro lugar. Respecto a esto último, como hemos visto más arriba, se ha considerado que el ámbito espacial se ha extendido a otros lugares en los que la muestra ha podido ser abandonada por el sujeto que está sometido a investigación policial. Sin embargo, como sabemos, en nuestro caso la muestra no ha sido abandonada, sino depositada voluntariamente por el sujeto fuente con unos fines muy precisos: diagnósticos, terapéuticos o de investigación en beneficio de sí mismos o de terceros; mientras que la hipótesis planteada asume que se obtendrán estas muestras no ya sin el consentimiento del sujeto (que ha de conocer las circunstancias de la extracción corporal no consentida), sino ni siquiera con su conocimiento. No hay ninguna ley que permita de forma clara el acceso a las muestras en tales circunstancias, mientras que la legislación específica ampara el uso de las mismas para el fin exclusivo para el que fueron obtenidas, en paralelo con el principio de calidad de los datos. Por otro lado, la observancia del principio de proporcionalidad - como también el de racionalidad- puede resultar cuestionable en algunas de las situaciones aludidas, al menos como hipótesis discursiva, puesto que podría generar un efecto contraproducente de retraimiento de la población a la donación de sangre y otros

tejidos, células u órganos con fines terapéuticos a favor de terceros (así para su transfusión, injerto o trasplante) o de investigación biomédica para el interés general. Y estos actores habría que tenerlos presentes también ante una futura «regularización» legal de ese asunto.

Se concluye por tanto, en la falta de habilitación legal para que el Juez pueda autorizar u ordenar legítimamente el acceso a muestras que no se han obtenido directamente del cuerpo del paciente para investigación penal o no se han hallado en el lugar del delito ni han sido abandonados por el sujeto en algún otro lugar. Tampoco pueden equipararse completamente a información o datos, pretendiendo aplicar la normativa relativa a la cesión de la historia clínica -o partes de ella- con fines judiciales.

La autorización del Juez sin dicho refrendo legal tampoco se subsana con la motivación de su decisión, incluso aunque esté pretendidamente inspirada en el principio de proporcionalidad, pues en este caso no encuentra justificación suficiente, según lo expuesto. Obrar de otro modo nos situaría en el ámbito de la prueba obtenida ilegítimamente y por ello, en su oposición a lo establecido en el art. 11.1 de la LOPJ.

Un sector de la doctrina y la jurisprudencia, por el contrario, suelen aceptar la viabilidad jurídica de este método de aportación del proceso de muestras biológicas indubitadas del sospechoso, aunque en sentido estricto en los casos judiciales se trataba de buscar determinados elementos de prueba biológicos, no la identificación del sujeto a partir del ADN<sup>144</sup>. En efecto, en estos casos trata de una persona que ha sufrido un accidente de tráfico, por lo que es trasladada a un centro hospitalario. La policía sospecha que la conducción se ha producido bajo la influencia de bebidas alcohólicas u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, pero dada la urgente necesidad de traslado al hospital del accidentado no ha podido realizarse la prueba de alcoholemia. Una vez ingresado éste en el Hospital, y sin haber sido informado ni haber prestado su consentimiento, la policía interesa del Juzgado de Instrucción que se autorice la realización de una prueba de alcoholemia sobre una de las muestras de sangre extraída con fines terapéuticos al sospechoso por personal sanitario, acordando el Juez de Instrucción competente la práctica del análisis correspondiente.

Según se desprende de estas sentencias, el requerimiento de dichas muestras

---

144. SSAP de Valladolid, de 7 de octubre de 2003; de Badajoz, de 10 de mayo de 2005 y de Burgos, de 31 de octubre de 2006.



biológicas (en este caso sangre), que habían sido obtenidas con fines médico-asistenciales y su ulterior análisis, es perfectamente lícito si se cumplen los requisitos tradicionalmente exigidos por el TC esto es, habilitación legislativa; resolución judicial motivada; y proporcionalidad de la medida (concorre el interés propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal; no existían otras medidas menos gravosas, el sacrificio de los derechos vulnerados no resulta desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de los indicios existentes). En consecuencia, se determina la licitud de las pruebas analíticas y se considera totalmente válida su incorporación al proceso y su consideración como medio de prueba.

Sin embargo, en el caso de la SAP de Badajoz, de 10 de mayo de 2005, ésta es recurrida en amparo ante el TC (STC 206/2007, de 24 de septiembre), alegando la vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE), al haberse practicado al recurrente un análisis de sangre durante su estancia en el hospital sin su conocimiento, y sin autorización judicial, para determinar el grado de alcoholemia. La diferencia de este caso con los recogidos en las otras dos sentencias referidas es que en ésta, la práctica de un análisis de sangre con posterioridad a su ingreso en el hospital fue ordenada por la Guardia Civil, sin haber informado y solicitado previa mente el consentimiento del afectado y sin autorización judicial. El análisis se practicó y su resultado fue incorporado al proceso y utilizado como prueba de cargo.

Puesto que lo solicitado mediante oficio por la Guardia civil al centro hospitalario en el que fue ingresado el demandante de amparo tras el accidente de tráfico, no es la extracción de sangre, sino la práctica del análisis sobre las muestras de sangre que le habían sido extraídas con fines terapéuticos, no puede considerarse afectado el derecho fundamental la integridad física. Cabría añadir que, por razones obvias, tampoco se ve afectado el derecho fundamental a la libertad física.

Por el contrario, la utilización de la muestra biológica para realizar una análisis genético (pongamos, de ADN aunque en el caso estudiado se utilizó para comprobar el nivel de alcohol en sangre), sí que afecta indudablemente al derecho fundamental a la intimidad, y así lo declara el TC en la sentencia mencionada. La cuestión a resolver es si se trata de una afectación constitucionalmente legítima o si, por el contrario,



constituye una afectación ilícita que vicia de nulidad la prueba así obtenida.

Es necesario destacar la falta de previsión legal para intervenir en situaciones como éstas. Sin embargo, el enfoque del TC fue distinto, pues se centró en la cuestión de los análisis practicados por la policía o a petición de ésta, sin intervención judicial.

En este caso en concreto, entendió el TC que ni en la solicitud de los agentes de la Guardia Civil al centro hospitalario, ni en las actuaciones procesales consta dato alguno que permita considerar acreditada la urgente necesidad de la intervención policial inmediata. Como mucho, podría entenderse que era necesario y urgente solicitar al centro hospitalario que se adoptasen las medidas necesarias para la custodia y conservación de tales muestras al efecto de que pudiera realizarse sobre ellas la correspondiente analítica si ésta fuera ordenada judicialmente. Pero no puede afirmarse, sin la concurrencia de otras circunstancias, que resultara imprescindible también que los propios agentes policiales ordenaran la práctica de la analítica sin acudir previamente al Juez de guardia al objeto de que éste, tras ponderar todas las circunstancias del caso, decidiera motivadamente si resultaba o no proporcionado ordenar la injerencia en el derecho fundamental a la intimidad. En consecuencia, se entiende vulnerado el derecho fundamental a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y se determina la nulidad de la prueba obtenida como consecuencia de dicha vulneración..

Un supuesto algo más complejo de recogida de muestras biológicas indubitadas no abandonadas sin el consentimiento del sujeto fuente sería aquél en el que un tercero (el policía) toma las muestras directamente del cuerpo de sujeto fuente, pero por razones, en principio, distintas a la de la práctica de una pericial genética, como por ejemplo, colaborando en la prestación de asistencia sanitaria. Se trataría de situaciones en la que los materiales biológicos no se encuentren propiamente en el interior de su cuerpo, pero tampoco se han desprendido totalmente del mismo. El ejemplo más claro es el relativo a la obtención de sangre del sospechoso que se encuentra en su cuerpo, pero no en el interior, como puede ser de una herida externa que éste tenga. El TS se ha ocupado de un caso de esta naturaleza en su Sentencia de 5 de noviembre de 2003, donde la defensa alegaba la nulidad de la obtención de las muestras de ADN del sospechoso por no ajustarse a los requisitos de las intervenciones corporales, pues la muestra biológica se obtuvo por los agentes de policía al limpiar con un algodón la boca del sospechoso, que se encontraba sangrando, y lo remitieron a los correspondientes

laboratorios de identificación genética.

El TS desestimó el recurso alegando que “...en este caso no se llegó a realizar una intervención corporal legitimada por la autorización dada, sino que el procesado al tirarse por la ventana de la Jefatura de Policía resultó lesionado, y cuando era trasladado en ambulancia, al salirle sangre de la comisura de la boca, fue limpiada con un algodón que luego fue remitido a la Policía Científica. Por tanto toda la actuación de los agentes consistió en la recogida de algo que ya estaba en el exterior, como en el caso de manchas en una camisa o de restos en el suelo. No hubo intervención corporal sino sólo la recogida de muestras de algo que estaba ya fuera del cuerpo, lo que no dejó de tener un carácter humanitario de limpiar de la boca la sangre que le salía...”. Se nos permite poner en duda dicho carácter humanitario.

Ahora bien, aunque razones de urgencia puedan justificar la toma de la muestra por la policía en situaciones como ésta, ello no es óbice para que el posterior análisis de la muestra requiera autorización judicial, en los términos más arriba expuestos.

1) Posibilidades actuales del juzgador ante la negativa del sujeto a permitir la práctica de la prueba.:

Cómo exigir la entrega de una muestra biológica o, incluso, poder tomarla coactivamente contra su voluntad. Puesto que se trata de una intervención corporal, se ven afectados derechos fundamentales, tales como los derechos a la libertad ambulatoria y a la integridad física. Y si además, se va a proceder al análisis de la muestra biológica así obtenida, se afectará igualmente al derecho a la intimidad. Para proceder a la toma de una muestra en estas circunstancias, se exige la concurrencia de los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional para legitimar una actuación lesiva de derechos fundamentales, a saber: previsión legal resolución judicial motivada y proporcionalidad de la medida adoptada. En dicho supuesto debe mediar una resolución judicial previa con el fin de poder llevar a cabo la toma de muestras. Dicha resolución deberá reunir los siguientes requisitos:

a) Legalidad, esto es, que este prevista en la ley, el Tribunal Constitucional ha dotado de esta posibilidad en las medidas de intervención corporal que no supongan un trato vejatorio o degradante, siempre y cuando sea para cada caso concreto y con la concurrencia de los demás requisitos.

b) Resolución judicial, esta intervención judicial según la STS 28/93 de 18 de

enero debe reservarse a los supuestos en que exista un sacrificio de un derecho fundamental, lo que ocurre en el caso de las pruebas genéticas tal y como estudiamos en los apartados anteriores. En ningún caso por tanto podrá dejarse la adopción de esta medida en manos de la Policía Judicial que no está facultada para llevar a cabo valoraciones de tipo jurídico como la gravedad del delito o el grado de vinculación del imputado con el hecho investigado.

c) Proporcionalidad, en sentido estricto no es más que la ponderación de los intereses en juego lo que la doctrina y jurisprudencia alemanas denominan el “principio de proporcionalidad de los sacrificios” y en todo caso, siempre que se hayan intentado o no quepan otros medios de investigación que puedan evitar la lesión de los derechos fundamentales. Esta proporcionalidad tiene por tanto dos aspectos, uno objetivo, en cuanto a que en general el Juez acordará la restricción para delitos de determinada entidad, (es difícil plantearse una restricción de un derecho fundamental para investigar por ejemplo la autoría de una falta) y un aspecto subjetivo, en cuanto al grado de vinculación del sujeto con el delito, en el sentido de que tiene que haber unos indicios que sean obviamente valorados por un Juez y no únicamente por la Policía sin perjuicio de que sea ésta la que presente las pruebas o indicios ante el Instructor para que éste valore si subjetivamente existen indicios suficientes para acordar la toma de muestras sobre determinada persona para la investigación de un caso concreto (de modo similar, a las resoluciones que acuerdan la entrada y registro en un domicilio).

d) Utilidad, es decir, que la medida adoptada sirva para averiguar alguna circunstancia importante de la investigación (STS 27 de enero de 1995).

La STC 207/96 resume los requisitos necesarios para superar el juicio de proporcionalidad:

i.- Juicio de idoneidad: Que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto.

ii.- Juicio de necesidad: Que no exista otra medida más moderada que evite el sacrificio del derecho fundamental o conlleve un menor sacrificio.

iii.- Juicio de proporcionalidad en sentido estricto: Que la medida sea equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Reunidos todos estos requisitos puede darse el caso que el sujeto se niegue; en el orden jurisdiccional penal hay que plantearse si es posible extraer consecuencias valorativas probatorias de la negativa del acusado a someterse a la prueba. Las STS 4 de octubre de 1994 y 29 de noviembre de 1997, entre otras, han admitido esta posibilidad.

En la primera, la negativa del acusado a someterse al análisis fue valorada como una prueba en su contra junto con las demás existentes. En la segunda, se razonó que si guardar silencio que es un derecho fundamental puede ser valorado, con mayor razón podrá serlo la conducta que, además, constituye una desobediencia a una orden del Juez. El caso es que la negativa injustificada, cuando dichas pruebas o análisis sean de especial trascendencia a los efectos de la investigación, si bien no podrá tener el valor de una confesión, sí podrá constituir un valioso indicio que permita al Juzgador dar credibilidad al testimonio de la víctima sobre la participación del inculpado.

En la actualidad, el requisito de la previsión legal no plantea ningún problema. En efecto, el art. 363.11 LECrim dispone a este respecto que:

“...siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad...”. Y en términos muy similares, la Disposición adicional tercera de la LO 10/2007 del apartado I del artículo 3, “...*la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal...*”.

Recordamos el recientemente reformado y ya citado art. 520.6 c) de la LECrim, que mantiene este mismo criterio. Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal

diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

El sujeto pasivo de la intervención corporal lo es el detenido, sospechoso e imputado (Disposición adicional tercera de la LO 10/2007). De todos modos, es paradójico que el Juez, pueda adoptar su decisión sobre una persona ajena al sumario, como parece que lo es el sospechoso, frente al imputado, que sí es un sujeto -pasivo- procesal. Sea como fuere, a pesar de la indeterminación jurídica de que adolece la condición de sospechoso, que se deduce por eliminación de otras situaciones procesales conocidas con anterioridad por el ordenamiento jurídico, entendemos que la resolución judicial ha de extender su motivación a la ponderación de las sospechas que recaen sobre el sujeto y que justifican la intervención corporal.

Teniendo en cuenta que toda ejecución de una medida restrictiva de derechos fundamentales, como lo es una intervención corporal, debe respetar el principio de proporcionalidad, cuando se trate de adoptar una medida sobre un mero «sospechoso» (por exclusión, alguien que aún no tiene el estatuto de imputado o, en su caso, procesado), debe exigirse que existan fundadas sospechas de la participación del sujeto en el hecho delictivo, pues las meras sospechas supondrán considerar la medida de intervención corporal como desproporcionada, y, en consecuencia, vulneradora de derechos fundamentales y nula de pleno derecho. En definitiva, aunque «sospechoso» será una persona que aún no ha adquirido el estatuto procesal de imputado o procesado, o encausado, sí se exige que existan unos mínimos indicios, que deben ser valorados por el propio juez.

Aunque la ley menciona tres situaciones distintas, inspección, reconocimiento o intervención corporal, aun siendo diligencias bien conocidas en el proceso, sólo la última de ellas es adecuada para la obtención de la muestra biológica indubitada a partir de la cual determinar a continuación su perfil de ADN. Por consiguiente, la decisión judicial se extiende tanto a la intervención corporal en sí misma, como a la obtención inmediata de la muestra correspondiente y a su posterior estudio pericial, es decir, la extracción de datos (los perfiles de ADN), puesto que cada uno de estos actos puede comportar la afectación de derechos fundamentales distintos y con diversa intensidad. Y éstos serán, en consecuencia, todos y cada uno de los extremos que deberán haber sido

sometidos a un examen de ponderación por parte del Juez de acuerdo con los principios de proporcionalidad y razonabilidad a los que remite explícitamente la ley, por lo que también deberá acreditar las razones que lo justifiquen.

El objeto del estudio es, exclusivamente, el perfil de ADN del sujeto sospechoso, según señala también explícitamente el art. 363 de la LECrim. En virtud de ello, el Juez no tiene atribuciones legales para ordenar otra clase de estudios sobre ese material, ni el laboratorio podrá hacerlas lícitamente. Esta conclusión es de la máxima trascendencia, pues en virtud del principio de legalidad, que avala tal conclusión, no sólo significa que está excluido que el Juez pueda ordenar realizar análisis genéticos en sentido estricto o, dicho de otro modo, de la parte codificante del ADN, lo que parece completamente razonable, sino que tampoco podrá ordenar otro tipo de indagaciones en la muestra. Se da así la paradoja de que al no disponer todavía el Derecho español de un régimen legal general sobre las intervenciones corporales, sino tan sólo este específico sobre los perfiles de ADN, no podrá determinarse, p. ej., la presencia de ciertas sustancias en el cuerpo del sujeto -en la muestra analizada-, a consecuencia de su ingesta por cualquier vía. Y desde luego, la ponderación de intereses que pudiera realizar el Juez para justificar este tipo de órdenes, incluso aunque estuviera sustentada en el principio de proporcionalidad, seguirá adoleciendo de la falta de respaldo legal.

Esta conclusión no hace sino poner en evidencia la necesidad de que el legislador aborde con urgencia y de forma global y conjunta las diversas formas de inspección, reconocimiento e intervención corporales, sin perjuicio de atender también las peculiaridades que presenten algunas de ellas y por lo cual deban tener igualmente acogida legal.

Si bien el art. 363 LECrim no menciona para qué tipo de delitos podrá ordenarse la intervención corporal y subsiguiente obtención del perfil de ADN, ello si está previsto en la Disposición adicional tercera de la LO 10/2007 en conexión con el art. 3.1 a) de dicha norma legal.

Según esto, la toma de muestras y fluidos se hará para la investigación de delitos graves y en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como

en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la LECrim en relación con los delitos enumerados.

No se indica, sin embargo, qué tipo de muestras biológicas podrán ser obtenidas: si bastará con un frotis bucal, o la obtención de cabellos, o podrán obtenerse muestras de sangre o de cualquier otro fluido corporal. Ciertamente que esta cuestión puede ser de gran trascendencia, aunque en realidad no tanto cuando se pretende realizar tan sólo el perfil de ADN. Pues cualquier muestra que contenga una cantidad mínima de ADN será suficiente. El interés por una muestra determinada puede estar justificada por la búsqueda de otras sustancias, como medicamentos, drogas, etcétera.

Finalmente, si la prueba practicada arroja como resultado que el sujeto analizado no es el autor, pero indica que sí puede serlo una persona de su entorno familiar, el perito, en tales casos, tiene la obligación de comunicar este dato al Juez de instrucción.

#### 1) Efectos legales de la negativa

Dictada una resolución judicial motivada con base en el art. 363 LECrim y la Disposición adicional tercera de la LO 10/2007 queda aún por resolver la duda sobre los efectos de la misma, especialmente si su destinatario sigue mostrando rechazo a la toma de la muestra requerida.

En esencia, se trata de determinar si dicha resolución genera una obligación legal para su destinatario o, por el contrario, supone una mera carga procesal. En el primer caso, podrá ejercerse algún tipo de coacción para conseguir la toma de la muestra. Ahora bien, habrá que plantearse si dicha coacción puede ser de carácter físico-coacción directa- (recogida de la muestra del cuerpo del sujeto fuente empleando fuerza física) o únicamente puede tener carácter de coacción psíquica o moral -coacción indirecta- (amenaza de ser castigado por un delito de desobediencia).

Si, por el contrario, nos encontramos ante una carga procesal, la negativa únicamente podrá tener como consecuencia su valoración, bien como *ficta confessio*, bien como indicio de culpabilidad, en relación con el resto de pruebas existentes. Por supuesto, en el caso de que la resolución procesal imponga una obligación procesal, no sólo podrían derivarse las consecuencias señaladas, sino también las propias de la carga procesal (por ejemplo, imputar al sujeto un delito de desobediencia, al tiempo que se



valora su negativa como indicio de culpabilidad).

Lo cierto es, que nos encontramos ante una cuestión muy discutida por la doctrina, lo cual se refleja en una ausencia total de criterios mínimamente uniformes por parte de la jurisprudencia. Evidentemente, la opción por una u otra no es irrelevante, pues en unos casos podrá obtenerse la prueba pretendida (lo cual puede tener una gran trascendencia en la búsqueda de la verdad material), mientras que en otros, a falta de dicha evidencia, podría no existir prueba de cargo suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia.

Ahora bien, sí hay que destacar que en cualquiera de los casos mencionados, la resolución judicial tendrá efectos jurídicos, incluso aunque se defienda que ésta no conlleva una obligación paralela para el destinatario, en efecto, la mera existencia de una carga procesal supone que el sujeto deberá asumir las consecuencias desfavorables que se deriven de su negativa. De ahí la gran relevancia de la doctrina constitucional que avala las intervenciones corporales existiendo resolución judicial (así como la regulación legal expresa que ampara dicha resolución y que permite cumplir el principio de reserva legal, constitucionalmente requerido). Si no existiera dicha posibilidad (como se ha llegado a defender doctrinal y jurisprudencialmente en tiempos pasados), los jueces no podrían exigir a un sospechoso el sometimiento a una prueba de esta naturaleza. Y en este escenario la negativa a la cesión de una muestra biológica no podría ser valorada de ninguna manera, ni siquiera como indicio.

Pues bien, como argumento a favor de considerar que la resolución judicial hace surgir en su destinatario una obligación de sometimiento a la intervención corporal, puede hacerse referencia, en primer lugar, a las SSTC 207/1996 y 7/1994, las cuales afirman que “...en ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud...”. Como puede verse, el TC da a entender que habiendo una resolución judicial que ordena la intervención, existe dicha obligación. Un sector de la doctrina y una línea jurisprudencial avala esta postura. Así, entiende Gómez Amigo que “...el sometimiento a las medidas de intervención corporal constituyen una obligación en sentido estricto...”<sup>145</sup>.

Desde esta perspectiva, la cuestión se centraría en determinar si esta obligación

---

145. GÓMEZ AMIGO, “ Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal, pag 44.



de soportar la intervención corporal necesaria para tomar la muestra biológica que será objeto de pericia, lleva aparejada una facultad por parte de los poderes públicos de intervenir manu militari, esto es, tomando la muestra biológica ejerciendo, si fuera necesario, fuerza física sobre el sujeto fuente; o si, por el contrario éste únicamente puede ser compelido a través de métodos de coerción indirectos, como puede ser la aplicación del delito de desobediencia a la autoridad (y en su caso, la valoración de la negativa como indicio de culpabilidad, que no ha de ser incompatible con aquella otra medida).

De nuevo aquí la doctrina se muestra dividida, siendo minoritario el sector doctrinal que aboga de *lege lata* por la toma forzosa de la muestra biológica. Sin perjuicio de que pueda o no admitirse su viabilidad de *lege ferenda* -de ser afirmativa la respuesta, lo que no deja de ser discutible, requeriría, en todo caso, una previsión legal expresa-, doctrina y jurisprudencia coinciden en que la vía más correcta frente a la negativa de un sujeto a cumplir una obligación procesal sería la aplicación del delito de desobediencia.

En general el TC se ha mostrado reacio a la admisión del recurso a la vis física para practicar intervenciones, inspecciones o reconocimientos corporales, aun admitiendo indirectamente la obligación de sometimiento (y dejando abierta la aplicación del delito de desobediencia). Así la STC 107/1985, de 7 de octubre (en relación con la práctica de una prueba de alcoholemia), dice que el sujeto requerido debe someterse al examen en cuestión “....sin perjuicio, porque la cuestión es ya diferente, de que nadie pueda ser coercitivamente compelido, con vis física, a la verificación de este tipo de análisis...” (F.J. 3). Y en un sentido similar, la STC 37/1989, de 15 de febrero (relativa a la práctica de un reconocimiento ginecológico para comprobar la práctica de un aborto), señala que la recurrente puede ser compelida a la intervención corporal “....mediante la advertencia de las consecuencias sancionadoras que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de esta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes, pero no, claro está, en ningún caso, mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el art. 15 de la Constitución...” (F.J. 8). Igualmente, cabe citar la STS de 4 de febrero de 2003, según la cual “...no es admisible la utilización de fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva o coactiva sobre la persona, para que ésta se

*preste a la práctica de la prueba, decidida por la autoridad judicial, debiendo respetarse la autonomía de la decisión por parte del afectado...*” (F.J. 5). Más recientemente y con más claridad, a la luz de la LO 10/2007 se pronuncia la STS de 7 de julio de 2010: *“...Esta solución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal -hoy por hoy inexistente- que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.l.c) de la LOPJ, colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados...”* (F.J. 2.1).

En estos casos vemos cómo al tiempo que se rechaza la intervención corporal ejerciendo fuerza física, se constata que la orden de la autoridad competente genera una obligación para su destinatario y deja abierta la posibilidad de imponer medidas sancionadoras para quien la incumple.

Más clara en este sentido es la STC 161/1997, de 2 de octubre (también referida a las pruebas de alcoholemia), que confirmando la afirmación realizada en la mencionada STC 37/1989. añade: *“...(...) De ahí que no exista el derecho a no someterse a estas pruebas y sí, por contra, la obligación de soportarlas. Esta obligación nace, en efecto, no sólo de la evidente legitimidad genérica de este tipo de actuaciones de los poderes públicos como actuaciones de indagación de la policía judicial para la detección de la comisión de delitos, sino también de una justificación análoga de las mismas cuando corresponden a la función de supervisión de la Administración de que las actividades peligrosas lícitas se desarrollen en el marco de riesgo permitido por el ordenamiento. Desde la óptica del ciudadano, y como contrapartida de la propia permisión del riesgo circulatorio, ésta se traduce en un correlativo deber de soportar estas actuaciones de indagación y control, y de colaborar con su práctica, dentro naturalmente del espacio ya reseñado que demarcan sus garantías procedimentales esenciales. El criterio expuesto converge en lo esencial con el de la Resolución (73) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 22 de marzo de 1973, que indica que "...nadie podrá negarse o sustraerse a una prueba del aliento, a que se le tome una muestra de sangre o a someterse a un reconocimiento médico. Las legislaciones nacionales serán las responsables de velar por la aplicación de este principio" [punto II.2 c)]..”*

Pues bien, como consecuencia lógica de esta doctrina, no resulta sorprendente

que los tribunales ordinarios hayan aceptado la aplicación del delito de desobediencia ante negativas reiteradas e injustificadas del destinatario de una resolución judicial de intervención corporal, más allá de la negativa a someterse a una prueba de alcoholemia, cuya sanción penal está expresamente tipificada en el art. 383 CP. De hecho, en la propia resolución judicial que ordena la intervención corporal para la recogida de la muestra biológica, se apercibe al obligado a soportarla que su negativa a permitir la toma de la muestra será sancionada como delito de desobediencia. Así, la STS de 7 de junio de 1994 declara probado que la acusada guardaba la droga con la que traficaba en el interior de la vagina. Tras su detención fue conducida a un Hospital para su reconocimiento y examen, negándose la acusada a su exploración pese a tener conocimiento de la orden judicial, a tal efecto, librada por el Magistrado-Juez de Instrucción núm. 2. mediante auto razonado. El tribunal de instancia había condenado a la recurrente por un delito de desobediencia (además de otro de tráfico de drogas) y se recurre en casación cuestionando la calificación de tales hechos como delito de desobediencia. El TS acepta que una negativa de este tipo puede dar lugar a la aplicación del delito mencionado, siempre y cuando concurren todos los elementos típicos.

Así, dice el TS “...para que aparezca acreditado que existe este delito de desobediencia grave a la Autoridad del art. 237 CP (actualmente, art. 556 CP), es necesario que haya un mandato persistente y reiterado de modo que, frente a él, quede de manifiesto una actitud de oposición tenaz y rebelde, obstinada y terminante, que es lo que constituye la esencia de esta infracción penal. Así la existencia de una orden judicial con el consiguiente requerimiento, seguido de una negativa sin ulterior repetición del mandato ni apercibimiento de clase alguna, no puede constituir el delito aquí examinado...”

Así para poder condenar por desobediencia se exige que la negativa sea reiterada, lo que no sucedió en el caso analizado (no existencia del mandato reiterado ni oposición tenaz y reiterada de la acusada), y es por esta razón (y no por la imposibilidad dogmática de la aplicación de la figura típica discutida) por lo que estima el motivo de casación y absuelve por este delito.

Es por ello que, concurriendo todos los elementos típicos del delito de

desobediencia algunos tribunales no han visto inconveniente alguno para aplicar este delito. Este es el caso de la SAP de Albacete, de 31 de enero de 2001, en cuyos hechos probados se recoge que la acusada fue “...requerida por fuerzas de la Guardia Civil de resguardo en la Aduana, para que se sometiera a una prueba radiológica, al ser sospechosa de portar sustancias estupefacientes en el interior de su cuerpo, negándose la acusada a ello, por lo que fue detenida y puesta a disposición del Juzgado de Guardia de Algeciras el mismo día. Por el Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Algeciras se requirió formalmente a M. del Carmen L. del M., con los oportunos apercibimientos, para que se sometiera a un examen médico por facultativo especialista, a lo que la acusada se negó, situación que volvió a producirse tres días más tarde en el mismo Juzgado de Instrucción, a que fue llevada la acusada tras permanecer detenida 72 horas...”.

Expone la sentencia referida que “...en materia de actividades probatorias que tomen al imputado o acusado no como fuente de prueba, sino como objeto de prueba se ha de partir de dos principios básicos: 1.-Que las dos únicas formas mediante las que no pueda predicarse de ilegítima su realización de la prueba son el consentimiento del afectado prestado con asistencia de Letrado (STS 1316/1994 de 27 junio) o, en su defecto, a través de resolución judicial habilitante debidamente motivada; 2.-Que en todo caso no se produzca una inflexión en el área vedada por el art. 11 LOPJ en cuanto suponga una vulneración del derecho fundamental a no sufrir tratos inhumanos o degradantes que establece el art. 15 CE...” (F.J.1). entendiendo que en este caso concurrían todos los presupuestos habilitantes de la diligencia de examen médico, ya que ésta fue acordada por medio de resolución judicial suficientemente motivada, no pudiendo calificarse como trato inhumano o degradante un examen médico practicado por un facultativo especialista. Y concluye: “...No existía, por tanto, razón alguna que justificara la negativa, concurriendo así los requisitos del delito de desobediencia a la autoridad, del art. 556 del Código Penal, por el que se condena; no pudiendo estimarse la alegación subsidiaria de reducción de la sanción a la falta del art.634 de desobediencia leve, pues, dada la entidad de la conducta obstativa, que paralizaba la prosecución del proceso penal (no tratándose de una mera desobediencia en ámbito administrativo), los hechos excedían de la levedad inherente a la falta del art. 634...”.

En definitiva, dado que el sometimiento a una prueba de ADN es una obligación para el sujeto requerido (ex art. 363.11 LECrim y Disposición adicional tercera de la LO 10/1997), su negativa puede ser sancionada como delito de desobediencia grave, previsto en el art. 556 CP. A la vista de la indeterminación del tipo del delito de desobediencia, pues recurre a elementos normativos, siempre arduos de delimitar, como la expresión gravemente por ejemplo, y de que se ubica dentro de los delitos contra el orden público, por lo general de especial gravedad y alarma social, habrá que componer sus elementos típicos ideológicamente, en atención a lo que realmente supone la desobediencia para el ejercicio de la autoridad. Suele destacarse su carácter circunstancial, tanto respecto a la consideración de la existencia del delito en cuanto tal, como a su consideración de grave o leve.

Como ha exigido el TS, es necesario que esta negativa sea reiterada y clara (no bastaría la mera renuencia en el cumplimiento de la orden), que la orden se haga conocer a su destinatario de forma expresa, terminante y también clara, y que exista apercibimiento de los efectos jurídicos de dicha negativa. Este elemento típico un doble requerimiento por parte del Juez de Instrucción, lo cual es de la máxima importancia para dar sentido a este delito en el contexto en el que nos movemos. Según lo expuesto más arriba, el primer requerimiento puede realizarse a través de una mera providencia, solicitando al afectado que se someta voluntariamente a la prueba de ADN, tras ser informado de la finalidad de la misma. Este requerimiento judicial (que se realizará a instancias de la Policía, del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio por el propio órgano judicial) deberá hacerse en presencia de abogado y del Secretario Judicial, que levantará acta de lo allí acontecido. Frente a una negativa del requerido, el juez, si estima que la prueba es necesaria para el buen término de la investigación en curso, dictará auto motivado exigiendo la aportación del material biológico. En este auto (que genera una obligación procesal), el requerido deberá ser apercibido de los efectos de su (segunda) negativa, en este caso, la apertura de diligencias por un delito de desobediencia grave. Si no puede acreditarse fehacientemente un primer requerimiento para el sometimiento voluntario a la prueba, sería necesario, a nuestro juicio, un segundo auto reiterando la obligación de cesión de la muestra biológica y el apercibimiento acerca de la eventual incoación de diligencias por el delito de desobediencia grave.

Otro ejemplo de la viabilidad de esta figura delictiva es la SAP de Barcelona (Sección Séptima) de 5 de julio de 2004, recaída contra la dictada por el Juzgado de lo Penal 18 de Barcelona de 20 de febrero de 2004, que condenó al recurrente, como autor responsable de un delito de desobediencia grave a la autoridad, a la pena de ocho meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, debido a la incomparecencia ante el Juzgado para la obtención de muestras biológicas en relación con un delito sexual del que era acusado. En este caso consta en los autos que el condenado fue requerido en dos ocasiones por el Juez de Instrucción mediante auto motivado. Tras la condena firme de la Audiencia, el condenado recurre en amparo ante el TC. El primer motivo de amparo alude a la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, puesto que no se ha producido una correcta subsunción de los hechos en el tipo penal, sin que nadie pueda ser condenado por hechos atípicos. Hay que ver si la negativa a someterse a la prueba biológica puede ser subsumido en el tipo penal por el que el recurrente ha sido finalmente condenado

El TC inadmite in limine el recurso de amparo, entendiendo, en primer lugar, que “....partiendo de estos datos fácticos [de los que no podemos entrar a conocer, por impedirlo el art. 44.1.b) LOTC], no parece que pueda afirmarse que hayan constituido una sorpresa, ni el procesamiento del recurrente por un eventual delito de desobediencia grave a la autoridad, ni la condena finalmente impuesta. La aplicación del tipo penal que sanciona el delito de desobediencia grave ha sido, bien al contrario, previsible y anunciada, sin que en la misma se hayan manejado pautas valorativas extravagantes que pudieran haber provocado una lesión en el principio de legalidad penal.. (FJ. 3)...”

Por otro lado, respecto a la alegación del recurrente de su derecho a negarse a obedecer una resolución judicial cuyo contenido considera *ilegal* por contravenir sus derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad. entiende el TC que “...es obvio que el recurrente está legitimado, como así ha hecho, para discutir la regularidad de una decisión judicial, pero que, una vez que aquélla ha sido continuada (en el caso que nos ocupa, de forma motivada, tal y como acredita la lectura de los Autos del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Igualada, de 25 de mayo de 2001, y de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de julio de 2001), viene

*estando igualmente obligado a respetarla, habiendo sido advertido de las consecuencias que se derivarían de su negativa a acatarla...”*

No hay razón para comparar las penas del delito de desobediencia de aquél que se está investigando y en cuyo proceso se ha incumplido una resolución judicial, pues la pena atiende al bien jurídico afectado, siendo en el caso de la desobediencia el orden público o más concretamente, la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas (STS de 15 de marzo de 2003). De este modo, el sujeto, incumpliendo la orden habría vulnerado un nuevo bien jurídico penalmente protegido; en definitiva, habrá cometido un delito nuevo, distinto del anterior, y deberá responder por su comportamiento, independientemente de cuál sea el delito anterior por el que está siendo investigado, y la pena asignada al mismo.

No faltan ejemplos en la doctrina y en la jurisprudencia que niega el carácter de obligación procesal al sometimiento a este tipo de intervenciones corporales y entienden que la resolución judicial genera, a lo sumo, una carga procesal. Para HUERTAS MARTÍN<sup>146</sup>, tras señalar la inconveniencia de configurar dicho sometimiento como una obligación en sentido estricto, considera preferible configurarlo como una carga, también respecto de las medidas de intervención corporal ordenadas en el proceso penal. De esta manera se evitaría, por un lado, que la medida resulte más invasiva aún para los derechos fundamentales afectados; y de otro lado, no dejan de cumplirse los fines propios del proceso penal, pudiendo valorar el tribunal sentenciador como un indicio de culpabilidad la negativa del sujeto. Otros opinan que para que exista una verdadera carga, el sujeto debe ser libre de realizar o no la conducta (lo cual se daría en relación con las pruebas biológicas en el proceso civil), pero no en el caso de intervenciones corporales dispuestas como diligencias de investigación en el proceso penal, pues se trata de medidas que han sido ordenadas judicialmente, después de ponderar la existencia de un fin constitucionalmente legítimo (como son el ejercicio del ius puniendi y el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva) para

---

146 HUERTAS M, El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba, y en la misma línea de esta autora, la STS de 22 de febrero de 2010, parece negar la existencia de una obligación procesal por parte del sospechoso o imputado. El TS afirma que la esa negativa a someterse a la prueba de ADN, no hace sino expresar el libre ejercicio del derecho del imputado a no colaborar en la obtención de las pruebas de cargo. Es decir, existiría, un derecho del imputado a no colaborar con el órgano judicial en la obtención de pruebas. Esta postura del TS, que no encuentra precedentes en la jurisprudencia anterior de la misma Sala, si se confirma en resoluciones posteriores dejará sin eficacia alguna el art. 361 LECrim y la Disposición adicional tercera de la LO 10/2007.



alcanzar el cual es imprescindible la adopción de la medida.

Por otro lado, se alega que no son válidos los ejemplos que suelen citarse en sentido contrario de las pruebas de alcoholemia pues la obligación procesal que surge en estos casos no derivaría del requerimiento realizado por la autoridad competente, sino de la Ley. No hay que olvidar que el arl. 12 del RDLeg 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, dispone que “...*todos los conductores de vehículos y bicicletas quedan obligados a someterse a las prueba que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación...*”. A este argumento cabría responder que la ya referida STC 161/1997, dice claramente que la obligación nace de la evidente *legitimidad genérica* de este tipo de actuaciones de los poderes públicos, no de la normativa específica al respecto. Y además, como se ha expuesto anteriormente, se ha condenado por desobediencia a un supuesto en el que la negativa consiste en la práctica de un reconocimiento médico ordinario, no existiendo obligación legal expresa para ello ni nuestro ordenamiento jurídico.

Lo cierto es que los jueces y tribunales se muestran reacios u aplicar el delito de desobediencia. Y en la práctica, frente a una negativa injustificada para permitir la toma de una muestra biológica, únicamente se deriva de ello su consideración como indicio de culpabilidad, por ejemplo la SAP de Navarra, de 28 de noviembre de 2008 . Se declaran como hechos probados que el Juzgado de Instrucción acordó la práctica de un Informe Técnico Pericial de Voz, a fin de determinar si las muestras dubitadas de voz obtenidas en las intervenciones telefónicas practicadas se correspondían con las de los imputados.

Los citados acusados no accedieron a la práctica de la toma de muestras de voz indubitadas para la que fueron requeridos, no obstante haber sido apercibidos de que podían estar incurriendo en un delito de desobediencia. Admite la Sala que la decisión del instructor era perfectamente ajustada a derecho. Sin embargo, estima “... *que la negativa de los imputados a someterse a dicha prueba, no prestando su voz al efecto, no colaborando, por tanto, activamente, en su elaboración, no constituye el delito de desobediencia atribuido, en atención al derecho del imputado a no colaborar activamente en una actuación que puede constituir una contribución de contenido*



*directamente inculpativo, al amparo del artículo 24.2 de la Constitución; y ello sin perjuicio de valorar como indicio, en relación con otros que pudieran constar en el procedimiento, la falta de colaboración del acusado para la práctica de dicha prueba...”, y que “...es consustancial al principio de presunción de inocencia el hecho de que incumbe a la acusación la carga de la prueba, hallándose el acusado liberado de aportar activamente datos que supongan autoincriminación, viéndose su derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable ciertamente limitado si resultare exigible a un imputado una participación tan activa como la que aquí nos ocupa, en orden a la obtención de datos contundentes de autoincriminación...”, concluyéndose lo siguiente: “...si bien puede legítimamente acordarse la práctica de la prueba que nos ocupa, y practicarse eficazmente la misma con la colaboración del imputado o, en su caso, sin su colaboración, si pueden obtenerse los elementos necesarios para ello al margen de esa colaboración, pudiendo. Además, valorarse la negativa del imputado a prestar su colaboración como indicio de su responsabilidad penal en los términos antedichos, sin embargo, estimamos que esa falta de colaboración activa, no viniendo impuesta específicamente en ningún precepto concreto, no puede constituir la comisión de un delito de desobediencia, no estando prevista específicamente como tal delito dicha negativa, la cual ha de ser valorada en relación con el derecho a la no autoincriminación del imputado que pudiere verse afectado mediante la imposición de esa colaboración activa...” (F.J. 2).*

*La Sala entiende que una resolución judicial ordenando la práctica de una prueba sobre el imputado únicamente genera una obligación legal en el caso de que su destinatario se vea compelido a una actitud pasiva, a un dejarse hacer, pero si de lo que se trata es de que haga algo, de un comportamiento activo (por ejemplo, hablar, como es el caso), su negativa únicamente será valorada como un indicio de culpabilidad. De ser esto así, resulta evidente que ello no sería aplicable al caso de las intervenciones corporales (la toma de una muestra biológica) o reconocimiento médicos, pues en estos casos la obligación del sujeto es de colaborar pasivamente en el cumplimiento de la orden judicial (dejarse tomar la muestra). Así parece entenderlo el propio Tribunal, cuando, a modo de obiter dictum, matiza sus afirmaciones precedentes diciendo que en el caso de actuaciones que puedan realizarse sin su activa y voluntaria participación (y cita expresamente aquí la obtención de muestras de ADN y los arts.*

*326.3 y 363 LECrim), podrán éstas practicarse sin tal consentimiento del imputado e incluso contra su voluntad. De ello cabe deducir que sí cabría acudir al delito de desobediencia en tales casos (o incluso de resistencia, si ante una intervención coactiva, el sujeto realiza actos impeditivos).*

II) El consentimiento del interesado:

El hecho de que algún derecho fundamental pueda quedar vulnerado (derecho a la intimidad, derecho a la libertad), o se vulnere si no se adoptan una serie de garantías, ya hacía ver a la doctrina la necesidad de que esta clase de pruebas estuviera regulada por ley. Pese a que la Constitución no prevé expresamente la posibilidad de limitación de los derechos a la integridad e intimidad (arts. 15 y 18.1), a diferencia de lo sucede con los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones (art. 18. 2 y 3), ello no significa que sean derechos absolutos tal y como tiene reiteradamente declarado nuestro Tribunal Constitucional. Pueden darse varios supuestos, en el caso de que medie el consentimiento del imputado no cabe duda en considerar constitucional la medida, en cuanto debe admitirse en principio, la disponibilidad del individuo acerca de la información genética obtenida de su persona (autodeterminación informativa). El consentimiento informado sólo elimina la exigencia de autorización judicial cuando sea eficaz, lo que tiene lugar en el caso del detenido cuando el consentimiento es prestado con asistencia letrada (así STS de 27 de Julio de 1994) y, ante la posible duda, en cuanto al mantenimiento del consentimiento, debe mediar la correspondiente resolución judicial<sup>147</sup>.

Puede producirse previa solicitud de un tercero (normalmente la policía en el curso de la investigación, tras la detención del sospechoso; aunque también puede requerirlo la autoridad judicial) o a propuesta del propio sospechoso, que cree en su inocencia y desea que se practique la prueba de ADN como prueba de descargo. Cuando la cesión de la muestra no se haga a propuesta del propio sujeto (como prueba de descargo), lo más conveniente es que la autorización se recabe por la autoridad judicial. En tal caso, la citación al afectado para prestar el consentimiento y permitir la toma de la muestra biológica podrá efectuarse mediante providencia. La intervención judicial a

---

147. MORENO, J., GUILLÉN, M., “ADN y proceso jurisdiccional”. Sepin, práctica penal, enero 2003, págs. 45 y ss.

través de un auto motivado únicamente será necesaria ante la negativa del mismo, para acordar la medida.

En principio, nada impide que la toma consentida de la muestra pueda practicarse a instancias de la policía, sin intervención de la autoridad judicial. El mayor problema que puede plantearse en estos casos es si el afectado cuestiona la validez de dicho consentimiento en el acto del juicio oral (al no haberse prestado ante abogado o ante la autoridad judicial). Para evitar este problema, es conveniente que el consentimiento sea prestado en presencia del Juez de Instrucción y del Secretario Judicial, aunque la propuesta provenga de la policía, pues es el Juez quien tiene que acordar la prueba. Igualmente, dada la naturaleza de la pericia genética y sus posibles resultados incriminatorios, tratándose de un detenido o sospechoso no imputado, debe exigirse la asistencia letrada en el momento de prestar el consentimiento para su extracción y análisis. A este respecto, el TS en sentencia del 7 de marzo de 1996 ha entendido que si el requerimiento del juez para el sometimiento voluntario a la prueba de ADN se ha realizado ante un abogado y el sujeto ha aceptado libre y voluntariamente, la diligencia se habrá practicado con todas las garantías y es plenamente válida. En la STS de 18 de febrero de 2010, se acepta la validez de la prueba de ADN en cuya obtención no participó el abogado del acusado, alegando que dicha ausencia se debió a la propia decisión del mismo, ya que éste había sido notificado de la práctica de la diligencia “... y no acudió, no se puede denunciar una indefensión achacable únicamente a la decisión de quien, paradójicamente, fue la causa de esta pretendida nulidad...”

Al recabar el consentimiento debe cuidarse que éste sea expreso, libre y no viciado. La STS 211/1996, de 7 de marzo, desestimó el recurso de los dos penados que alegaban haberse obtenido la prueba violando sus derechos. En dicha causa, seguida por el delito de violación, el Juez Instructor citó mediante providencia a los imputados para informarles de la prueba del ADN y recabar su consentimiento a la extracción de sangre para tal prueba. Asesorados por sus Letrados, accedieron a ello. El TS estimó que el consentimiento fue válido; advierte que la forma de la resolución mediante providencia y no auto es correcta habida cuenta de que en la misma no se acordó la prueba sino que sencillamente se ordenó citar a los recurrentes para que prestaran o no su

consentimiento (sólo si no lo hubieran prestado y el Juez hubiera debido resolver sobre si acordaba o no la prueba tal decisión hubiera debido revestir la forma de auto); y termina señalando que no cabe aceptar los argumentos cifrados en el reproche a las Letradas de ambos por incorrecto asesoramiento cuando no se presentó denuncia contra ellas por actuación dolosa o negligente de sus deberes profesionales. Respecto de si debe estar el sospechoso asistido de Letrado en el acto de prestar su consentimiento a la prueba, el Auto del TS 1248/1997, de 18 de junio, ante la alegación del recurrente de que no se le informó de su derecho a la asistencia letrada, no admite el recurso y señala que la presencia de Letrado es preceptiva en las declaraciones policiales y judiciales que haya de prestar y en los reconocimientos de identidad de que sea objeto, sin que los artículos 17.3 CE y 118 LECrim puedan interpretarse en el sentido de que la presencia y asistencia del Letrado haya de darse en todas las diligencias de la instrucción de modo tal que sea requisito necesario para la validez de las mismas (cita a su vez las SSTs 4-12-1992, 17-2-1993 y 13-6-1994).

Además en la Ley Orgánica de LECrim en el art. 520.2.4º se establecía que "La asistencia letrada no será precisa para la recogida de muestras de sustancias biológicas del detenido con los fines previstos en la legislación sobre bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir de ADN". En cambio en Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica recientemente aprobada, que se adapta de forma rigurosa a las exigencias de la normativa europea, haciendo mención expresa, entre otros, al derecho del detenido a designar abogado, el apartado 6 c) del artículo 520, "...6. La asistencia del abogado consistirá en: c) Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten. Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad..."

Surge, también la duda acerca de si el consentimiento para la obtención de la muestra puede ser recabado por autoridad distinta de la judicial. En principio, nada impediría la aportación al proceso por el interesado de su huella genética mediante un análisis voluntariamente practicado al margen del proceso. Cuestión distinta sería la fiabilidad de la identidad de la muestra analizada, aunque cabría pensar en fórmulas garantizadoras de esto, como, por ejemplo, mediante intervención notarial. Más dudosa es la cuestión de si la Policía puede recabar el consentimiento del interesado para aportar muestras y analizarlas. No vemos obstáculo alguno a que el sospechoso pueda, asistido de Letrado, acceder a la entrega voluntaria de una muestra corporal a la Policía para que en relación a una determinada investigación que se lleve a cabo sea analizada.

El problema se puede plantear en el acto del juicio si dicho consentimiento es posteriormente negado por el acusado y su prestación no se llevó a cabo ante abogado o ante la autoridad judicial. Por ello, y para evitar ulteriores problemas procesales de aparición frecuente ante nuestros Tribunales, creemos más conveniente que el consentimiento se preste siempre ante la autoridad judicial, pues es ésta la que tiene que acordar la prueba. Hemos de destacar el carácter personalísimo del consentimiento.

Si la persona a la que se le requiere la muestra biológica es menor de edad, en el ordenamiento español los menores de edad sujetos a responsabilidad penal entre los 14 y los 18 años, están sometidos a un régimen especial distinto al de los adultos, LO 5/2000, de responsabilidad penal de los menores; no existe razón alguna para no aplicar en estos casos las reglas generales sobre capacidad de obrar. Dado que se trata de derechos de la personalidad los que están en juego, será de aplicación el art. 162.II.1º CC, de tal modo que el consentimiento deberá prestarlo el menor por sí mismo, si éste posee suficiente capacidad natural de juicio para comprender el alcance de la intervención, que en este caso comprenderá tanto el acto de intervención corporal como tal, como los efectos derivados del análisis genético que se realizará sobre la muestra.

Mayores dudas se plantean en relación con los menores que carecen de suficiente capacidad de juicio o incapaces. En tal caso, tratándose de menores de edad sin suficiente capacidad de juicio, se requeriría autorización judicial para la toma de la muestra. Dado el carácter tuitivo del proceso de menores, en todos estos casos se hace más necesaria, si cabe, la presencia de letrado.

Más interesante resulta el caso de que una persona, ya condenada por sentencia firme como responsable penal de un hecho delictivo, decide utilizar la prueba de ADN para impugnar dicha resolución dando comienzo a un juicio de revisión de condena. Esto puede suceder en aquellos supuestos en los que, en la fecha de comisión de los hechos, no pudo presentarse la prueba de ADN debido a su escasa fiabilidad dado el desarrollo tecnológico de la época. Evidentemente, no será posible, en ningún caso, que una persona que fue absuelta de un delito, pueda ser enjuiciada de nuevo a fin de poder aportar la prueba de perfiles de ADN como prueba de cargo.

Como pone de manifiesto la doctrina, aunque suele utilizarse el término «recurso» de revisión, en realidad no se trata de un medio de impugnación al uso, sino de un proceso nuevo e independiente en el cual se ejercita una acción de impugnación autónoma con el fin de lograr la anulación de una sentencia firme que por definición no es susceptible de recurso alguno. Con ello se consigue evidenciar la injusticia de una sentencia firme de condena y se hace prevalecer auténtica verdad y, con ello la justicia material sobre la formal.

Habrá lugar al recurso de revisión contra las sentencias firmes, entre otros casos, cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado (art. 954.4 LECrim). Según este motivo, que es el más alegado en la práctica, los hechos o medios de prueba que fundamentan la revisión tienen que haber sobrevenido o ser revelados con posterioridad a la sentencia condenatoria, resultando de una forma evidente la inocencia del condenado.

El órgano judicial para conocer de la admisibilidad de la revisión es la Sala Segunda del TS (arts. 57.1º LOPJ y 957 LECrim). Sin embargo, tras la autorización de la revisión, la sentencia del TS debe ser remitida al órgano jurisdiccional que dictó la sentencia anulada a fin de que dicte otra ajustada derecho. En tal caso, el órgano judicial competente instruirá una información supletoria, de la que dará vista al Fiscal, y si en ella resultare evidenciada la inocencia del condenado, se anulará la sentencia y mandará, en su caso, a quien corresponde el conocimiento del delito instruir de nuevo la causa {art. 958.IV LECrim).

Aunque el proceso de revisión basado en los resultados de una prueba de ADN no es aún muy común en nuestro país, a diferencia de los EEUU donde existe un

programa dirigido a costear los gastos de la práctica de nuevas pruebas de ADN tratándose de convictos que fueron condenados en procesos en los que, por una u otra razón, no pudo aportarse la prueba genética, sí que es posible ya exponer algún ejemplo de ello. Éste es el caso de las SSTS de 23 de mayo de 1997 y 16 de julio de 2009. Se trata, en ambos casos, de aparición de nuevas pruebas en el curso de una investigación policial ulterior, que ponen de manifiesto la viabilidad de este mecanismo procesal y la relevancia de la prueba de perfiles de ADN para su aceptación.

La STS de 16 de julio de 2009 trata de una persona condenada en 1995 por dos delitos de violación. Comparando los vestigios biológicos hallados en la víctima con los del entonces acusado, el informe pericial entendió que no se podía excluir, dada la calidad de las muestras y la tecnología existente en la época, que tales muestras pertenecieran al mismo. Esta duda, unida a declaración de la víctima que no sólo reconoció en rueda al procesado, reconocimiento ratificado en el juicio oral, sino que también reconoció a presencia judicial la voz de su agresor, condujo a su condena.

Sin embargo, como consecuencia de nuevas violaciones ocurridas posteriormente con el mismo modus operandi que el imputado al recurrente, se decidió volver a analizar las muestras biológicas antiguas. Como consecuencia de los avances tecnológicos (se cuenta ahora con un mayor número de marcadores que permiten identificar con mayor certeza los vestigios biológicos), el nuevo informe pericial concluye que se puede descartar la existencia de células pertenecientes al condenado. Con ello, se vuelven a investigar las agresiones sexuales imputadas al recurrente 13 años atrás, llevando las nuevas pistas a un nuevo sospechoso (F.P.G.). Obtenidas muestras biológicas de éste, concluye el nuevo informe que *“....el informe de 1995 se realizó con los marcadores que en aquel momento se disponía con un poder de discriminación muy bajo lo que impidió una mayor concreción en las conclusiones. En este nuevo estudio se puede ya identificar perfiles genéticos en las tomas vaginales realizadas a la víctima y se concluye que los restos de semen hallados en la gasa se corresponde con el ADN de F.P.G, con un índice de probabilidad de uno entre 15 trillones de personas, es decir, con certeza casi total...”*. También afirma que en el conjunto de muestras analizadas no se han detectado restos de ADN del recurrente.

Con estos nuevos datos se inicia el proceso de revisión de la condena, que fue admitido por el TS por sentencia de la fecha indicada, donde se afirma que *“...los*



*resultados de éstas nuevas pruebas genéticas revelan datos nuevos y posteriores a la sentencia y la prueba de ADN tiene un carácter técnico e identificador de superior valor que las pruebas en que la sentencia condenatoria cuya versión se solicita se basó (...) no obstante reconocer el valor y respeto que merecen estas pruebas nos encontramos ante hechos nuevos como son las pruebas de ADN realizadas sobre los perfiles genéticos hallados con unas técnicas más precisas y avanzadas que permiten una mayor certeza individualizadora e identificadora que excluyen la participación de R.R.R. y cuyo valor técnico y demostrativo es de tal contundencia que por sí solos evidencian con certeza su inocencia...”.*

m) Procedimiento

Entramos ahora en la valoración de la prueba una vez que se acuerda su práctica por el Juez Instructor. La valoración debe producirse en dos ámbitos: en el procesal como prueba pericial y una valoración sustantiva en cuanto al contenido y resultado de la misma.

La naturaleza de la prueba del ADN como prueba pericial no ofrece duda alguna. La Ley de Enjuiciamiento Criminal -en su artículo 456-establece que el Juez acordará el informe pericial. Se trata como tan reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia, de una prueba para suplir la ausencia de conocimientos científicos o técnicos del órgano instructor, pudiéndose acordar de oficio o a instancia de parte. Tanto si el peritaje se practica de oficio como a instancia de parte, su valor no supera el de mero acto de investigación, careciendo de virtualidad probatoria definitiva si no se reproduce en toda su extensión por exigencia de la inmediación, publicidad, oralidad y contradicción en el juicio oral, a no ser que sea de difícil o imposible reproducción en cuyo caso podrá hacerse referencia a la practicada con anterioridad, sin perjuicio de citar a los peritos para ratificación y sometimiento a contradicción en el acto del juicio oral.

En cualquier caso, la primera consecuencia clara es que la prueba del ADN en el proceso penal y con independencia de las cuestiones relativas al posible quebranto o no de derechos fundamentales, debe ser acordada por el Juez Instructor tal y como establecen las leyes procesales. Como prueba pericial se le aplicará lo establecido en el Capítulo VII del Título V de la LECrim, sobre “Comprobación del delito y averiguación del delincuente”, dentro del Libro II dedicado al Sumario. Se aplicarán en cada caso las



especialidades correspondientes a cada tipo de procedimiento pero no se debe olvidar que en lo no regulado específicamente se estará a lo establecido en los artículos 456 y ss. de la LECrim de modo subsidiario, y en lo no establecido procedimentalmente se podrá aplicar la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando establece en el artículo 335: *“...Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal...”*. La afirmación de que la prueba de ADN es una prueba pericial conlleva consecuencias en materia de valoración. El artículo 348 de la LEC establece de modo taxativo y sin distinción por el tipo de pericia: *“El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica”*. En materia de prueba genética podemos afirmar, que ha habido un movimiento oscilante en cuanto al distinto valor otorgado a dicha prueba. Al comienzo Jueces y Magistrados, probablemente de modo inconsciente y por la escasa preparación científica, dudaron de la eficacia probatoria de este tipo de pruebas, si bien se admitían a trámite. En el ámbito científico posteriormente, y al afianzarse este tipo de pruebas y empezarse a conocer las posibilidades que se abrían en el campo de la criminalística y en la investigación de la paternidad, contagiaron de cierto entusiasmo. En el ámbito penal, la valoración de la prueba se lleva a cabo conforme a lo establecido en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que determina con claridad meridiana que la apreciación de las pruebas practicadas en el juicio, la haga el Tribunal según su conciencia. En la actualidad hay unanimidad en considerar que la convicción se rige y está imperada por la razón, y que un juicio sobre la verdad de los hechos que no se ajustará a criterios de razonabilidad sería simplemente arbitrario.

El TS tiene establecido que los dictámenes periciales en general incorporan datos cuya valoración corresponde a la Sala sentenciadora y afirma que los peritos no suministran al Juez su decisión. Resulta claro, que el Juez no puede incurrir en arbitrariedad, por lo que debe motivar su decisión cuando ésta resulte contraria al dictamen pericial unánime, resaltando como hace el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de mayo de 1981 que la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside esencialmente no en sus afirmaciones sino en la mayor fundamentación y razón de

ciencia. Esta necesidad de valoración judicial viene motivada, no sólo porque así lo establezcan las leyes para todo tipo de pruebas y más en concreto las periciales, sino que creemos que dadas las características propias de la prueba en sí, la intervención judicial es necesaria a la hora de adoptar diferentes decisiones en las distintas fases de la prueba como a continuación pasamos a exponer.

CAPITULO III  
LA PRUEBA DE ADN  
EN  
EL JUICIO ORAL



## CONCLUSIÓN DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN

A) Medidas cautelares para el aseguramiento y preservación de las pruebas e intercambio en el ámbito europeo

Debemos hacer referencia aquí al Tratado de Prüm<sup>148</sup>, el 27 de mayo de 2005, dos días antes del referéndum francés y cuatro antes del referéndum holandés sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Alemania, Austria, los tres países del Benelux, España y Francia, firmaron un tratado relativo «a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal». El mismo título indica ya que el objeto de este Tratado vuelve sobre la cuestión del tercer pilar de la Unión Europea.

El objeto del Tratado de Prüm se desglosa en nueve elementos específicos, que pueden ser reagrupados en cinco ámbitos:

a) «Primer ámbito» (artículos 2 a 15 del Tratado): los Estados se comprometen a crear ficheros de ADN y a intercambiar la información resultante de estos ficheros. Igualmente, los Estados firmantes consienten en intercambiar las informaciones relativas a datos dactiloscópicos (las huellas digitales), y la posibilidad de la consulta automatizada de los registros de matriculación de vehículos.

b) «Segundo ámbito» (artículos 16 a 19 del tratado): la prevención en grandes actos o eventos de dimensión transfronteriza, en particular en el ámbito deportivo.

c) «Tercer ámbito»: la lucha contra el terrorismo. Aquí hay tres elementos distintos. Por un lado, la transmisión de información con el fin de prevenir actos terroristas (artículo 16), la posibilidad de que los agentes de seguridad de un Estado miembro lleven sus armas reglamentarias en otro Estado miembro (artículo 18), pero sobre todo una cuestión que ha sido objeto de muchas críticas, en particular, por ejemplo, de Statewatch: el artículo 17 dedicado a «la intervención de guardias armados a bordo de aeronaves». Éste es el título exacto en el texto francés, aunque parece tomada ya la costumbre de referirse a esta figura como los «sheriffs del aire». Hay una traducción inglesa del Tratado de Prüm que no da fe de ello en inglés porque ni Gran

---

148 Ver Anexo.

Bretaña ni Irlanda son Estados signatarios, y que ha sido trasladada como documento al Consejo (documento CRIMORG 65, NFOPOL85, MIGR 30). Los «guardias armados a bordo de aeronaves» son allí denominados «air marshals», lo que quiere decir sheriff del aire.

d) «Cuarto ámbito»: la lucha contra la migración ilegal. El Tratado de Prüm contiene al respecto dos tipos de disposiciones orientadas esencialmente a completar la cooperación administrativa entre los Estados parte.

e) «Quinto ámbito»: la cooperación policial transfronteriza. Se trata en esencia de desarrollar la aplicación del Convenio de cooperación Schengen, con patrullas de policía comunes (artículo 24), la posibilidad de cruzar las fronteras a los agentes de policía en caso de peligro inminente (artículo 25), la asistencia durante actos masivos o grandes eventos, así como en accidentes graves (artículo 26) y, por último, cooperación previa petición en virtud del Convenio de aplicación Schengen (artículo 27).

Como vemos, el Tratado de Prüm permite fortalecer la cooperación en ámbitos muy sensibles, basándose en el principio de confianza mutua. Se trata de un principio que se deduce de algunas sentencias del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, y que ha sido elevado a rango de principio central de la cooperación judicial y policial en el marco de la redacción de la Constitución europea. Además, el Tratado de Prüm pone en práctica el «principio de disponibilidad», cuyo objetivo consiste en mejorar el intercambio de información entre los servicios de policía de los Estados miembros. El «principio de disponibilidad», desarrollado tras los atentados de Madrid de 11 de marzo de 2004, figura en el 3.1 del programa de La Haya de otoño de 2005, con el título «compartir información entre los servicios policiales y las autoridades judiciales alcanzando al mismo tiempo el adecuado equilibrio entre el derecho a la intimidad y la seguridad». Sobre esto hemos visto los problemas que se plantearon entre Francia y Bélgica por el hecho de que un asesino en serie conocido de la policía francesa pudiera ser empleado en Bélgica sin que se supiera el menor dato de su pasado penal. Igualmente, podemos destacar uno de los aspectos más interesantes de las disposiciones introducidas por el Tratado: el recurso al aprendizaje mutuo entre servicios de los Estados miembros, por ejemplo, los asesores sobre documentos falsos.

El Tratado reitera, además, que respeta las legislaciones y las políticas nacionales, en particular lo relativo a la protección de los derechos humanos. Cada vez

que haya cooperación, ésta se realizará con pleno respeto al derecho del país donde se desarrolle la operación; cuando se produzca una transmisión de datos será aplicado el derecho de los Estados concernidos, etc. Además, el Tratado precisa que respeta el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, como los tratados internacionales, en particular el Convenio de la Convención de Chicago de 7 de diciembre de 1944 relativo a la aviación civil internacional y el Convenio de Tokio de 14 de septiembre de 1963, relativo a las infracciones y determinados actos sobrevenidos cometidos a bordo de aeronaves.

Otro aspecto (introducido por otra parte, en el propio Preámbulo del Tratado), es el hecho de que se trate de un experimento para un grupo limitado de países que se consideran una especie de avanzadilla. El Tratado está abierto al resto de Estados miembros de la Unión, lo que de algún modo reproduce el método Schengen.

Hay también aspectos negativos. Especialmente destacable es el hecho de que el Tratado haya sido adoptado tras la firma del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Éste contiene progresos importantes en la redacción de las disposiciones relativas al espacio de seguridad, libertad y justicia y a la protección de derechos y libertades. Ello resulta en particular de la supresión de los pilares, lo que implica un mejor equilibrio institucional, la utilización del instrumento de la ley y la ley marco europea y, sobre todo, el control jurisdiccional ordinario. Ahora bien, el texto del Tratado de Prüm ignora totalmente la Constitución europea incluso cuando parecía destinado a entrar en vigor más o menos al mismo tiempo que ésta y aún cuando el Tratado de adhesión de Bulgaria y Rumania a la Unión Europea, firmado dos días antes en Luxemburgo, se presenta formalmente como una adhesión al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

El Tratado de Prüm confía la solución de problemas a las jurisdicciones nacionales en el caso donde exista litigio, así como al Consejo de Ministros y al grupo de trabajo, sin prever ningún mecanismo de coordinación para los órganos de protección de datos ni para las jurisdicciones nacionales, y aún menos en caso de discrepancias entre la jurisprudencia de los Estados signatarios. Pero, el riesgo más importante del Tratado de Prüm no resulta de estas formulaciones. Podemos entender que gran parte de su contenido está orientado a consagrar en un texto prácticas administrativas que han sido ya adoptadas. Sin embargo, la consagración de estas prácticas sin debate

parlamentario ni con el resto de interesados, corre el peligro de conducir a una disminución del grado de protección de las libertades desproporcionada en relación con las ventajas en términos de cooperación policial, a pesar de las cautelas tomadas por el texto que, sobre este aspecto, se remite al derecho nacional.

El Tratado de Prüm parte de sus propias previsiones, y de lo que disponga el derecho interno de cada Estado miembro. Con la entrada en vigor del Tratado, es el derecho interno el que deberá precisar determinadas cuestiones relativas al tratamiento de datos y a los derechos de los ciudadanos en relación con el mismo.

Efectivamente el Tratado remite, en aquello que no esté específicamente previsto en su articulado, al derecho interno, de manera sistemática. Esta remisión continua, en una materia tan específica como la utilización de bases de datos de ADN por parte de los Estados miembros del Tratado para el cumplimiento de las finalidades del mismo, implica tener en cuenta las diferencias que puedan surgir entre los diferentes modelos que establezca el derecho interno de cada Estado, por lo que respecta a estas bases de datos, y al tratamiento de éstos y otros datos de carácter personal a raíz de la entrada en vigor del Tratado.

El Derecho interno va a tener que suplir las faltas de concreción del Tratado en algunos aspectos, como los referidos a detalles del ejercicio de derechos por parte del ciudadano, o la definición del tipo de datos personales que van a tratarse (artículos 10 y 14 del Tratado) entre otros. El derecho interno regula, en definitiva, y mientras no entren en vigor normas más específicas de protección de datos en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materias del tercer pilar comunitario, el tratamiento y las comunicaciones de datos en el ámbito del Tratado, así como cuestiones relativas a la participación en el control de los tratamientos de datos por parte de las autoridades internas de protección de datos.

El hecho de que las previsiones de cada Estado en materia de ficheros policiales, de bases de datos de ADN y de protección de datos puedan ser diversas, no contribuye a dar claridad y homogeneización al tratamiento de datos de carácter personal en el ámbito del Tratado de Prüm. En este sentido, pueden darse diferencias entre las diversas leyes internas de protección de datos y entre las legislaciones nacionales que creen las bases de datos objeto de tratamiento en el Tratado de Prüm. Estas diferencias supondrían un menor riesgo para la seguridad jurídica, en concreto, para principios tan



esenciales en materia de protección de datos como los principios de proporcionalidad y finalidad, si se contase con una suficiente armonización de las normas de protección de datos aplicables en el marco de la Unión Europea y por tanto, también, al Tratado de Prüm.

En relación con el tema que nos ocupa el Tratado establece en su artículo 2 relativo a la creación de ficheros nacionales de análisis del ADN que:

*“...Las Partes Contratantes se comprometen a crear y mantener ficheros nacionales de análisis del ADN para los fines de la persecución de los delitos. El tratamiento de los datos almacenados en esos ficheros en virtud del presente Tratado se llevará a cabo con arreglo al derecho interno vigente para cada tipo de tratamiento...”* Por su parte las Partes contratantes *“... garantizarán que se disponga de índices de referencia relativos a los datos contenidos en los ficheros nacionales de análisis del ADN con arreglo a la primera frase del apartado 1. Dichos índices de referencia contendrán exclusivamente perfiles de ADN obtenidos a partir de la parte no codificante del ADN y una referencia. Los índices de referencia no podrán contener datos que permitan identificar directamente a la persona concernida. Los índices de referencia que no puedan atribuirse a ninguna persona (huellas abiertas) deberán poder reconocerse como tales...”*

Luego respecto de la consulta automatizada de los perfiles de ADN en su apartado segundo establece que permitirán que los puntos que tengan acceso, para los fines de la persecución de delitos, a los índices de referencia de sus ficheros de análisis del ADN, *“...lo que incluirá el derecho a consultarlos de manera automatizada mediante una comparación de perfiles de ADN. La consulta deberá formularse únicamente para casos concretos y con arreglo al derecho de la Parte Contratante que realice la consulta...”*.

Ahora bien, (apartado 2) si en el curso de dicha consulta se comprueba la coincidencia entre un perfil de ADN transmitido y un perfil de ADN almacenado en el fichero de la Parte Contratante receptora, el punto de contacto nacional requirente recibirá de forma automatizada información sobre la existencia de una concordancia y su referencia. Si no se encuentra coincidencia alguna, este hecho se comunicará, también, de forma automatizada.

La comparación de perfiles de ADN se realiza de manera automatizada; *“..."*

*Las Partes Contratantes llevarán a cabo, de mutuo acuerdo y a través de sus puntos de contacto nacionales, una comparación de los perfiles de ADN de sus huellas abiertas con todos los perfiles de ADN contenidos en los índices de referencia de los demás ficheros nacionales de análisis del ADN, para los fines de la persecución de delitos. La transmisión y la comparación se efectuarán de forma automatizada...*”<sup>149</sup> Si en el curso de la comparación efectuada con arreglo al apartado 1, una Parte Contratante comprueba que algún perfil de ADN transmitido coincide con los existentes en sus ficheros de análisis del ADN, comunicará sin demora al punto de contacto nacional de la otra Parte Contratante cuáles son los índices de referencia respecto de los cuales se ha encontrado la concordancia.

Ahora bien en cuanto al ámbito nacional<sup>150</sup> el protocolo a seguir en la recogida, conservación, intercambio de muestras se da respetando una serie de pautas contenidas en las Recomendaciones para la recogida y envío de muestras con fines de Identificación Genética elaborado por la Sociedad Internacional de Genética Forense por el Grupo Español y Portugués.<sup>151</sup>

En síntesis, por lo que se refiere a las garantías jurídicas se adivina que las autoridades comunitarias han considerado que se trata de una tarea de difícil consecución en común por eso son muy genéricas y vagas las directrices que se apuntan: la toma de la muestra biológica deberá ir acompañada de garantías que protejan la integridad física de la persona de que se trate; en el caso de intercambio deberán ofrecerse suficientes garantías sobre la seguridad y la protección de los datos de carácter personal, limitándose los intercambios en todo caso a los datos de la parte no portadora de códigos de la molécula de ADN. Es muy ilustrativo comprobar que se deja al criterio de cada Estado miembro decidir las condiciones en las que podrán almacenarse estos datos en sus bases nacionales, así como en relación a qué delitos.

Algo más de un año después y en desarrollo de lo previsto en el art. 44 del Tratado, esto es la posibilidad de aprobar acuerdos de ejecución administrativa (aunque de hecho pueden ir más allá de una mera acción técnica), se presentó a la firma el

---

149. Artículo 4.

150. Queremos agradecer la inestimable colaboración de la Policía Científica del Cuerpo Nacional de Policía de Galicia, del Laboratorio Territorial de ADN de La Coruña, en especial al Jefe Inspector Juan José Díaz Gimenez, al Jefe Inspector Vicente Riveiros y al Inspector Luis Hombreiro Noriega.

151. Ver anexo 2.

Acuerdo Técnico de Ejecución (ATIA). cuyo objetivo era facilitar y acelerar el intercambio de información entre las autoridades policiales de los Estados parte (sobre perfiles de ADN, impresiones dactilares, registro de vehículos y cooperación policial). Por consiguiente, su objeto se adapta sin duda al marco de cooperación policial en el espacio de libertad, seguridad y justicia del Tratado de la Unión. Se acuerda en este Tratado, que los ficheros de cada Estado incorporarán unos índices de referencia, los cuales contendrán exclusivamente perfiles de ADN obtenidos a partir de la parte no codificante del ADN y una referencia; no podrán contener datos que permitan identificar directamente a la persona concernida.

Este Tratado, puede constituir un instrumento jurídico con vocación de integrarse en el Derecho de la UE, estando abierto a todos los Estados miembros, que contribuirá a fortalecer la cooperación en materias especialmente sensibles, partiendo del principio de confianza mutua. Por otro lado, aparte del sistema de cooperación que promueve en las materias indicadas por diversos medios, entre ellos el uso de los perfiles de ADN y el acceso a los ficheros que los contengan, se toma como referencia el derecho interno del Estado que deba actuar a petición de otro, sin tratar de sustituir las legislaciones internas de los Estados parte, ni vulnerar derechos fundamentales.

#### B) LA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL:

Para evitar suspensiones del Juicio oral ( arts. 725, 657 LECrim) se utiliza el argumento de la fiabilidad de los resultados obtenidos en los análisis genéticos, pero debemos recordar las garantías que deben rodear a todo medio probatorio por lo que esto sólo debe aceptarse siempre que no sea posible la repetición de dicha actuación en la fase de juicio oral, así es doctrina consolidada del TC que “... *Sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, tal como establece el art. 741 LECrim., pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o tribunal que ha de dictar sentencia; de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los actos de prueba aportados para tal fin por las partes. Pero no es menos cierto que también se ha dicho por este Tribunal que esta idea no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales*

*practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatarse en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. Ello es claro en los supuestos en que, bien sea por la fugacidad de las fuentes de prueba, o bien por su imposible o difícil reproducción en el juicio oral mediante el correspondiente medio probatorio, sea necesario dotar al acto de investigación practicado con las debidas garantías del valor de la llamada prueba preconstituída, supuestos en los cuales el juzgador podrá fundar en tales actos la formación de su convicción, sin necesidad de que sean reproducidos en el acto del juicio oral...”*

La pericia ha sido realizada en la etapa de instrucción, pero los sujetos que la han efectuado, a los que se ha de acudir por la complejidad de los métodos de investigación que han de emplearse, y por la necesidad de dotar a tales técnicas de la máxima fiabilidad posible, no son otros que determinadas instituciones oficiales cualificadas, como pueden ser la Escuela de Medicina Legal, el Instituto de Toxicología, los Laboratorios de Policía Científica.

Como medio concreto de prueba deben ser accesibles a la defensa, ya sea en virtud de resolución de una autoridad judicial, ya a través de la intervención de un perito independiente. Cuando la cantidad de sustancias disponibles para su análisis sea limitada, deberá velarse por no perjudicar los derechos de la defensa.

La fuente de prueba obtenida será lícita y podrá ser utilizada a efectos probatorios en el proceso penal, o dicho de otro modo, si la medida adoptada no cumple dichos presupuestos de legitimidad constitucional, con la misma se habrán vulnerado los derechos fundamentales afectados y la fuente de prueba deberá ser considerada ilícita. En consecuencia, sus resultados no podrán ser introducidos en el juicio oral a través de ningún medio de prueba. Es allí, en el juicio oral, donde la prueba se sustancia para facilitar el llamado principio de contradicción.

Esta ponderación ha de ser realizada por el Juez y plasmarse asimismo en la motivación escrita de tal acuerdo con el fin de que, en virtud del principio de contradicción, el sujeto pueda oponerse si manifiesta su desacuerdo con la decisión judicial y ejercer de este modo su derecho de defensa. Por consiguiente, que el Juez exprese mediante una resolución motivada el resultado de su ponderación, consecuente

con la aplicación del principio de proporcionalidad, es casi tan importante como la ponderación misma.

La fundamentación de la sentencia deberá basarse, como dispone el art. 741 LECrim. en las pruebas practicadas en el juicio. Lo cierto es que, por su propia naturaleza las pruebas periciales del ADN no son de fácil reproducción ni pueden por ello practicarse en el juicio oral, por lo que son tenidas, a modo de excepción, como ya practicadas, dando lugar a la llamada prueba preconstituída, sin perjuicio de que los peritos deban comparecer en el juicio oral, si es preciso, para ratificarse en lo sostenido en su pericia, garantizando de este modo que las partes en el proceso puedan alegar lo que convenga a sus intereses, realizar impugnaciones por ejemplo respetando así el principio de contradicción.

a) La declaración del acusado:

La STC 161/97, recaída con ocasión de las pruebas de alcoholemia, limita la eficacia de tal derecho a las declaraciones o testimonios que se prestan en el curso del procedimiento que tengan un contenido directamente incriminatorio, al señalar: *“Las pruebas de detección discutidas, ya consistan en la expiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera sólo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente (...) su propia imputación penal o administrativa, ya que, según se dijo en la STC 76/1990 respecto de la obligación de exhibir o aportar determinados documentos contables, con ello quien se ve sometido a esas pruebas no está haciendo una declaración de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad (...). De ahí que no exista el derecho a no someterse a estas pruebas y sí, por el contrario, la obligación de soportarlas”*.

b) Valoración una vez practicada la prueba:

Examinamos ahora el papel que debe llevar a cabo el órgano judicial en la concreta valoración, una vez practicada la prueba de ADN. Hay que partir de que por sí sola, la presencia de una concordancia entre el perfil de ADN de un individuo y el ADN de un vestigio hallado en la víctima o en la escena del crimen no debe ser suficiente para asegurar que se trata de la misma persona. En combinación con otras pruebas suelen alcanzarse valores elevadísimos de probabilidad. Cuando se analiza un vestigio biológico y trata de saberse si corresponde a un individuo cuya sangre también es analizada, pueden suceder dos situaciones: que no coincidan uno o varios marcadores analizados, o que coincidan todos.

En el primer caso podemos afirmar que la mancha analizada no corresponde al individuo con un margen de error prácticamente despreciable y que depende en todo caso de la seguridad analítica del laboratorio, de ahí la importancia de la acreditación y los controles de calidad del mismo tal como exponíamos en el apartado anterior. El problema de valoración se presenta, cuando coinciden los grupos analizados en el individuo sospechoso y en la mancha. La respuesta que, entonces los Jueces deben esperar del perito, es el conocer la probabilidad de que esa mancha de sangre, ese pelo o esa porción de esperma provengan de ese individuo.

La probabilidad, como concepto general se ha ido imponiendo como el grado de creencia o grado de persuasión. En todos los casos la probabilidad no es en definitiva, más que una medida de la verosimilitud que atribuye valores numéricos a los juicios comparativos que realiza el sentido común. En definitiva la incertidumbre o la verosimilitud se mide con un estándar que es la probabilidad. La necesidad de ese estándar es clara. Si para medir distancias o tiempos no dispusiéramos de estándares, nuestro lenguaje estaría ciertamente limitado y en muchas ocasiones nuestros juicios serían erróneos. Lo mismo sucede con la probabilidad. Hay que tener presente, que aunque coincidan varios marcadores, siempre existirá una incertidumbre, sobre si la mancha corresponde al individuo, que en muchas ocasiones puede ser mínima, pero siempre es evaluable y no puede hablarse en ningún caso de incriminación y seguridad absoluta. Siempre se ha de proceder a la valoración probabilística de la coincidencia de grupos. La necesidad de esta valoración probabilística es evidente. Imaginemos una mancha de sangre encontrada en la escena del crimen y que existe un sospechoso cuya sangre se analiza. Se estudia el grupo sanguíneo coincidiendo en ambos casos el grupo

A. Teniendo en cuenta que un 50% de la población posee grupo A, es fácil pensar que esa coincidencia tiene escaso valor probatorio. Si en cambio analizamos, y aparece un determinado marcador en ambos que sólo lo presenta el 2% de los ciudadanos es evidente que esta coincidencia conlleva un valor muy superior de la prueba.

La prueba ante el Juez se puede presentar ahora de dos formas: El fiscal alegará que el análisis del laboratorio tiene en este caso una gran importancia:

El grupo encontrado lo posee sólo un 2% de la población es decir sólo hay un dos por ciento de probabilidades de que la sangre provenga de quien no es acusado, es decir sólo hay un 2% de probabilidades de que algún otro haya cometido el delito, de modo que el acusado tiene un 98 % de probabilidades de ser el culpable. El abogado defensor nos presentara la siguiente versión: “la prueba tiene escasa importancia”.

Ninguno de los argumentos es correcto y esto cobra un interés esencial si pensamos en que el sospechoso lo sea únicamente porque su perfil genético aparezca coincidente tras el cotejo con la muestra recogida en una base de datos y no se haya podido encontrar ninguna otra vinculación entre el sospechoso y el delito.

Estamos ante lo que se ha dado en llamar la falacia del fiscal y la defensa por Thompson y Schumann<sup>152</sup> quienes, además, demostraron que presentando la prueba de forma aparentemente aséptica (esto es que el perito diga escuetamente que el grupo lo posee el uno por ciento de la población), un elevado porcentaje de individuos cae espontáneamente en una de las dos falacias. Si además se presenta simplemente uno de los dos argumentos la mayoría de las personas piensa que es correcto. En la interpretación del resultado no cabe dejarse llevar por la intuición y experiencia en estos casos. La manera correcta de valorar la prueba necesita ser analizada y comprendida. Es necesaria una formación estadística.

Para una valoración correcta sobre la probabilidad de que una mancha provenga de un individuo, después de realizado el análisis de polimorfismos genéticos, es necesario recurrir al teorema de Bayes<sup>153</sup>. Como explicamos en otro capítulo este teorema es la base de una escuela estadística que cada día cobra mayor importancia denominada bayesiana. El teorema de Bayes es básico en los cálculos de probabilidad

---

152. THOMPSON, W., SCHUMANN, E., “Interpretation of statistical evidence in criminal trials. The prosecutor's fallacy and the defense attorney fallacy”. *Law and Human Behaviour*, 11, 1987, págs. 167 y ss.

153 EWETT, I., “Bayesian inference and forensic science problems and perspectives”, *The statistician*, 36, 1987, págs. 99 y ss.



de paternidad e investigación criminal y sirve para conocer las probabilidades finales de un suceso a partir de las probabilidades iniciales, dada cierta información o informaciones adicionales obtenidas. El método proporciona una forma adecuada de incorporar información previa de un suceso además de permitir incorporar información posterior cuando esta sea accesible. En general existen una serie de pruebas: investigaciones policiales, testigos, etc. que con independencia de la prueba pericial crean en el Juez un grado de incertidumbre, una idea sobre la culpabilidad o inocencia de ese individuo.

Posiblemente no le sería complicado al Juez expresar ese grado de creencia en una escala del uno al diez, en forma de porcentaje o para una mayor comprensión en forma de apuesta (5 a 1 a favor de su inocencia, 10 a 1 a favor de su culpabilidad...)

El Teorema de Bayes contempla en su fórmula de un factor multiplicador que es precisamente ese valor a priori en el que el Juez valora la culpabilidad o inocencia con carácter previo a la práctica de la prueba pericial, del análisis del ADN.

La probabilidad no es sino un grado de creencia, o sea que el valor a priori será el grado de creencia de que determinado encausado sea inocente o culpable. Este grado de creencia, este valor a priori, este factor multiplicador, debería ser facilitado a los peritos de modo que podrían variar sustancialmente los cálculos a favor o en contra del acusado. Esto no se lleva a cabo en la actualidad, por lo que los peritos se ven obligados a establecer un valor a priori de un modo arbitrario y que lógicamente, al no tener conocimiento del resto de las pruebas, fijan en un 0'5 es decir tantas probabilidades de que sea el culpable como que sea inocente. Este grado de creencia se puede cuantificar de 1 a 10 estableciéndose el valor a priori judicialmente y facilitárselo al perito quien lo incluirá en sus cálculos estadísticos variando así sustancialmente el resultado.

Para valorar, de forma objetiva, la prueba científica, el Juez no tendría más que multiplicar (y aquí es donde el teorema de Bayes se aplica) su grado de creencia previo sobre la culpabilidad del acusado, el valor a priori, por un factor que el perito debe proporcionar siempre al Juez y que se conoce como "likelihood ratio" (LR) y que se puede denominar "*razón bayesiana de probabilidad*".

Según nuestra legislación, para que el Juez admita una demanda de paternidad es preciso "un principio de prueba". Según esto el fijar a priori tantas posibilidades de ser el padre como de no serlo es habitualmente "conservador", en el sentido de que en la



práctica totalidad de los casos el a priori real debería ser más elevado. Para ordenar la prueba el Juez suele suponer que el demandado. Supongamos que por la dificultad del caso, sólo se pueden analizar tres o cuatro polimorfismos, alcanzándose una probabilidad final de paternidad o de culpabilidad del 87,5%, considerada según los predicados verbales de Hummel como "inconcluyente" y que como al perito no se le facilita ningún dato en este aspecto habrá calculado con un a priori de 0'5.

Si el Juez, en base a otras pruebas, considera que el individuo tiene a priori más posibilidades de ser el autor que de no serlo y fijase, en base al resto de las pruebas practicados en 0,75% el valor a priori (es decir que tiene tres posibilidades a una de ser el autor del crimen y no de dos a una como fija el perito), pasaría a tener más del 95% de probabilidad de ser el autor, lo que sería calificado como "muy probable" según los predicados de Hummel. Si el Juez, en base a otras pruebas, fija la probabilidad a priori en 0,9 el resultado final estaría muy próximo al 99%.<sup>154</sup>

Hay que tener en cuenta además el ámbito poblacional, Hay que determinar a la hora de hacer los cálculos cual es la población de referencia y que población ha de considerar el perito. El Juez debe tener también intervención en esta materia fijando la población de referencia, pues el perito no tiene conocimiento del caso. Como esto no ocurre en la actualidad, el perito escoge la población del entorno del caso, lo que habitualmente coincide con un grupo poblacional concreto. Por ejemplo, si el caso es de Galicia se utiliza la población gallega residente, o en Cataluña la población catalana residente. Esto equivaldría a comparar la probabilidad que tiene un individuo de ser el autor de un delito con un hombre al azar de la población gallega o catalana, por ejemplo.

Aunque el utilizar este tipo de población es habitualmente lo más apropiado no existen, en general, diferencias importantes si se utilizan datos globales de población española o de población caucasoide, aunque si lo puede haber se utilizan erróneamente por el perito datos de poblaciones autóctonas particulares y no de población residente.

Hoy por hoy en España se toman en los laboratorios como referencia la población residente de las Comunidades Autónomas no existiendo variación si los datos se aplicasen a nivel nacional. Sin embargo puede ocurrir que el Juez tenga datos de los

---

154. CARRACEDO, A., "La identificación de la persona mediante pruebas genéticas: aspectos médico-legales". El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano vol. IV, ed. Fundación BBV, Bilbao 1994, págs 117 y ss.

que carece el perito: que el culpable se encuentra entre los miembros de una determinada población endogámica, que sea de una determinada raza, que pertenezca a una determinada familia, todo ello influiría en el resultado final aunque en este caso por si esta premisa resultase desvirtuada y teniendo en cuenta las consideraciones que hacíamos para el valor a priori respecto a el momento procesal en que se solicita la prueba careciendo de los demás medios probatorios, deberá aportarse ambas: los resultados para el supuesto de que la premisa resulte probada y la probabilidad en el caso de que no se pudiera determinar de un modo más específico.

c) Comunicación en el momento del juicio:

Es difícil para los peritos el explicar en el curso del juicio oral de forma simple técnicas científicas tan sofisticadas como la prueba de ADN. Pero existen pocas dudas de que tan difícil, pero mucho más trascendente, es comunicar el valor del resultado. Muchos peritos para paliar las dificultades de su entendimiento utilizan "predicados verbales" al igual que se hace en las pruebas de paternidad, es decir explicaciones semánticas de la probabilidad obtenida. De todas las escalas de predicados verbales en criminalística el más utilizado, en Europa, es el propuesto por Evett. De todas formas el uso de estos predicados verbales es muy controvertido en base a las consideraciones antes expuestas pues prescinden de valorar los distintos elementos que hemos ido exponiendo.

Así conforme los predicados verbales de Hummel<sup>155</sup> que se utilizan tradicionalmente en paternidad pero que son igualmente aplicables en criminalística tenemos:

- a) Paternidad o culpabilidad
  - prácticamente probada..... 99`73%
- b) Altamente probable .....99`00%
- c) Muy probable ..... 95`00%
- d) Probable .....90`00%
- e) Indicación de paternidad o culpabilidad . 70`00%

---

155. HUMMEL, K., y GERCHOV, J., Biomatematical evidence of paternity, ed. Springer, Berlín, 1981.

Lincoln<sup>156</sup> por su parte propuso con posterioridad los siguientes postulados:

- a) Prácticamente probada..... 99`8-99`9%
- b) Extremadamente probable..... 99`0-99`7%
- c) Paternidad muy probable..... 95`0-98`9%
- d) Paternidad probable..... 90`0-94`9%
- e) Cierta insinuación de paternidad. 80`0-89`9%
- f) Despreciable o no útil..... menos de 80%

Muchos peritos prefieren incluso presentar los datos simplemente en términos de frecuencia, aunque ello conlleva su mal interpretación, e incurrir en las falacias de la defensa y el fiscal, y dista mucho de ser la solución ideal. Además estos porcentajes no determinan qué números de marcadores a analizar se requieren para arrojar este porcentaje ni con qué a priori, siendo numerosas las sentencias en las que para la apreciación de la prueba de ADN como cierta alegan haber alcanzado un porcentaje sin entrar a ningún otro tipo de consideración.

Con la introducción de los polimorfismos de ADN se pueden lograr, en ocasiones LR enormemente elevados, en ocasiones superiores a un millón, pero incluso en este caso no se puede hablar de incriminación absoluta. El Juez tiene que evaluar objetivamente la probabilidad a posteriori, preferiblemente utilizando el LR y multiplicándolo por su valor a priori, su creencia sobre la culpabilidad, expresado en forma de apuesta. Muchas otras pruebas, en el campo de la Medicina Legal, no pueden ser fácilmente evaluadas en términos probabilísticos, y los peritos, cuando están convencidos de un hecho, llegan a lo que ellos denominan "certeza moral". El perito forense puede hacer algo más que eso: puede dar una medida numérica de la prueba.

Pero entonces, hay que plantearse si se puede establecer en estas pericias "una certeza moral" y si sería conveniente expresar el resultado en este sentido. La mayor parte de los peritos están de acuerdo en que un LR por encima de 1000 es una evidencia muy fuerte. En la prueba de ADN se consigue a menudo una LR de un millón o de cientos de millones. Los números, aunque difíciles de entender vuelven a ser más exactos que las palabras. Sin embargo no se puede dar un equivalente numérico a la certeza moral, del mismo modo que no se puede dar un valor numérico a la

---

156. LINCOLN, P. L., "An introduction to paternity testing", Basics methods and criteria for paternity investigation. Comunicación publicada e impartida en el decimoquinto Congreso de la Sociedad Internacional de Hemogenética Forense, Venecia, Octubre 1993.

culpabilidad. Se trata con estas consideraciones de revalorizar la apreciación conjunta de la prueba frente a una serie de resoluciones judiciales que ante determinados porcentajes, no tienen en cuenta los factores y distintos pasos que han influido en ese resultado y pueden conllevar resoluciones injustas, que en el ámbito que nos movemos producen especial preocupación.

### C) RECOMENDACIONES DE LEGE FERENDA:<sup>157</sup>

Los laboratorios deben ofrecer a los Tribunales pruebas fiables, de ahí las pruebas de validación, estandarización y medidas de control que se realizan, tratando de evitar, o en su caso identificar y corregir errores que, debido a la trascendencia jurídica de la prueba del ADN, podrían llevar a falsas imputaciones, falsas exclusiones o incluso a la falta de resultados, lo que en algunos casos podría conllevar una situación de indefensión para las partes de un proceso.

La Ley 10/2007 llega a España con un retraso de más de quince años, en relación a otros países como Francia o Alemania. La doctrina y las sociedades científicas han reclamado reiteradamente su necesidad de modo de evaluar si realmente los laboratorios cumplen las medidas de calidad exigidas, acreditaciones, etc. Marcando también la necesidad del establecimiento de programas nacionales de acreditación. No hubo hasta esta fecha ninguna disposición legal que obligue a someterse a unos criterios de homologación a los laboratorios en los que se practique las pruebas de ADN con fines de investigación criminal. Planteándose problemas cuando la defensa pueda solicitar una contrapericia en cualquier laboratorio privado, esta posibilidad era perfectamente admisible en nuestros Tribunales con los riesgos de escasa fiabilidad de los resultados si los laboratorios no reunían unos requisitos, y si no habían superado unos controles de calidad.

Podemos considerar que existían tres grandes grupos de posibilidades a la hora de abordar la normativa de las bases de datos de ADN:

1º. BASE DE DATOS “UNIVERSAL” Sistema basado en un análisis general de la población y conservación de los análisis de todos los vestigios encontrados en la

---

157. Las recomendaciones propuestas coinciden con la propuesta de la Comisión Mena, integrada entre otros por José María Mena y catorce profesionales cuyo propósito es estudiar las medidas de prevención de la reincidencia en los delitos graves. Dicha Comisión fue impulsada por el Departamento de Justicia de a Generalitat y por la Fiscalía Superior de Catalunya.

escena del delito.

La primera "tentación" a la que puede sucumbir un Estado en ejercicio de su necesidad de preservar el orden público, es la de conseguir un archivo con la huella genética del mayor ámbito poblacional posible.<sup>158</sup> De este modo en principio, el análisis del más mínimo vestigio humano recogido en la escena del crimen, se podría cotejar con los análisis de la base general poblacional, consiguiendo de este modo la identificación de la persona que cuando menos había estado en el lugar del delito. Es evidente que estaríamos ante un poderoso instrumento de investigación.

Pero no son pocos los problemas jurídicos que ello plantea así como los distintos intereses en conflicto. El logro de un archivo general de la población conlleva costes difícilmente asumibles por cualquier Estado: un coste a nivel individual como es el sometimiento forzoso de todos los ciudadanos a la realización de los análisis; sometimiento general universal de los individuos, que sin relación alguna con un hecho delictivo, deben no obstante someterse a esta práctica probatoria. La limitación de derechos fundamentales que analizábamos en el capítulo II tenía justificación para el caso de un supuesto concreto en el que un individuo tenía algún tipo de relación con el hecho delictivo pero esa limitación de todos los ciudadanos con carácter preventivo no parece que pudiera tener cabida en nuestro Ordenamiento. Nos encontramos de nuevo con el análisis de la proporcionalidad entre los medios y los fines que subyace en esta materia con una peculiar fuerza. La proporcionalidad entre los fines perseguidos y los derechos que se conculcan o pueden perturbarse, ha sido estudiada con especial minuciosidad en materia de intervenciones corporales, y el análisis del ADN no deja de serlo aunque lo sea con carácter mínimo.

El análisis de ADN implica una vulneración del derecho a la libertad, si se lleva a cabo sin consentimiento de la persona y del derecho a la privacidad o intimidad si no se adoptan las garantías pertinentes y en cualquier caso el derecho a la autodeterminación informativa o el de privacidad en su más amplia acepción. Estas vulneraciones pueden ser superadas mediante resolución judicial para un caso en concreto en base al principio de necesidad para la resolución de un determinado delito. No parece sin embargo que esto sea posible en nuestro ordenamiento de modo

---

158. GUILLÉN, M., PESTRONI, C., CARRACEDO, A., "Bases de Datos de ADN con fines de investigación criminal: aspectos técnicos y problemas ético-legales", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 8/98, págs 137 y ss.

generalizado en caso de desconexión absoluta entre la persona sometida al análisis y un delito que ni tan siquiera se ha cometido sino con la perspectiva de la posible resolución de delitos futuros.

Otro coste no despreciable propio de este sistema de bases de datos "universal", es el elevado presupuesto económico que conlleva. Es cierto que con las modernas tecnologías se abarata cada vez más la realización de estas pruebas pero sin duda sólo la realización de una base general excedería el presupuesto actual que para todos los ámbitos tiene asignado el Ministerio de Justicia.

El Reino Unido ha optado por un sistema cuasi universal que sin duda conllevará beneficios a nivel científico, pero incluso a nivel de investigación policial es cuestionable su proporción dado el coste de todo orden que conlleva para la solución de una parte de los casos delictivos no esclarecidos porcentualmente pequeña. Sin embargo, se pueden considerar como ventajas de este sistema, además de una mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia, una mayor igualdad y objetividad de los ciudadanos en los criterios de selección de la toma de muestras. Se consideraría entonces esta cesión como un deber de todos los ciudadanos para con el Estado en contraprestación de una mayor garantía de protección de la seguridad ciudadana.

2º. Sistema basado en la toma de muestras únicamente para un determinado sector de población y para un determinado catálogo de delitos.

La necesidad de un segundo sistema surge cuando en el ordenamiento jurídico se ponderan los costes y beneficios obtenidos con el primer sistema, resultando aquellos superiores a estos. La mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos consideran desproporcionado a los fines perseguidos la creación de un registro que abarque toda la población. Sin embargo dentro de los mismos hay tendencias claramente opuestas. Así, como ya apuntábamos mientras en el Reino Unido se tiende a un archivo cuasi universal que en la actualidad se conforma de 1.300.000 perfiles y que en breves años esperan tener archivado el perfil de 5 millones de personas, en Holanda la base de datos aparece configurada por 1.250 sospechosos y 3.000 condenados. Obviamente podemos afirmar que la concepción sobre el fin del archivo y la limitación de los derechos individuales no es la misma en cada uno de los países. La configuración y delimitación de las bases de datos se concreta en las opciones adoptadas ante una serie de variables posibles. Por un lado habría que establecer que tipo de vestigios y que análisis procedentes de los

misimos pasarían a conformar la base de datos. Así podrían pasar a formar la base de datos los vestigios encontrados en cualquier escena de un delito o si sólo se archivan los análisis de los vestigios encontrados en la escena de determinados tipos de delitos.

En cuanto a las personas que deben someterse a estos análisis para el ulterior archivo habrá que plantear por un lado el tipo de delitos para el que estas personas podrán ser obligadas al sometimiento no consentido, y por otra parte el grado de vinculación necesario de esa persona con un delito para poder obligarla a realizar el análisis. Se planteará entonces si bastará que sea un sospechoso a nivel policial, un imputado desde el punto de vista jurídico o tiene que haber sido ya condenado mediante sentencia firme.

Otra limitación posible viene configurada por el tiempo de permanencia de los análisis en el archivo. Así existen legislaciones que no establecen tiempo de eliminación y por tanto se entiende que se mantendrán de modo permanente mientras en otros casos se establece un plazo tasado de eliminación tanto del resultado, como de la muestra y el vestigio.

3º. Sistema que rechaza la posible realización de un archivo y que por tanto sólo permita el análisis de ADN para los casos concretos en que contra el sujeto sometido al análisis existen una serie de indicios o pruebas que hagan justificable el sometimiento a la prueba sin su consentimiento. Analizando la doctrina jurisprudencial en esta materia como en otros aspectos relativos a las intervenciones corporales se pueden plantear serias dudas sobre la posibilidad jurídica de configurar una base de datos de ADN con fines de investigación criminal. Hay que tener en cuenta que, si encontramos un vestigio en una escena de un crimen, y procedemos al cotejo con la base de datos de este modo configurada, encontrándonos con que coincide con una de los análisis que se encuentran en dicha base, cabría cuestionarse la validez de esta prueba. Hay que plantearse que, para la toma de la muestra inicial se informa al individuo sujeto al análisis de la acusación que se formula, se exige un determinado grado de vinculación con el delito, se dictaría una resolución judicial motivada para el análisis si el mismo no consintiese, y una vez adoptadas todas estas garantías esta muestra se puede utilizar durante años, sin consentimiento, sin información y sin resolución de ningún tipo.

Nos encontramos entonces muy cerca de la doctrina de los denominados "hallazgos casuales" sostenida entre otras resoluciones por nuestro Tribunal Supremo en

la sentencia de 18 de junio de 1992 (caso Naseiro) en el cual se había autorizado la intervención de un número de teléfono para la investigación de un concreto delito, resultando de las conversaciones intervenidas, indicios racionales de la comisión de un delito distinto de aquel para cuya investigación se autorizó la intervención, considerando que esta disociación entre la intervención y la autorización conllevaba la ilicitud de la prueba. No hará falta más que una pequeña extrapolación de esta doctrina al ámbito que nos ocupa para considerar que existen argumentos a favor, al igual que para los dos anteriores, del tercer sistema, esto es, la inexistencia de una base de datos de ADN como un archivo al que acudir para el cotejo de unos vestigios obtenidos.

Únicamente se podría, siguiendo esta postura, realizar la investigación utilizando la prueba genética para cada delito con los vestigios y muestras que se recojan para el supuesto concreto, que serán destruidas una vez el supuesto delito quedase resuelto mediante sentencia irrecurrible. Según esta posibilidad no se admiten intervenciones sobre el cuerpo para los fines de instrucción en contra de las personas afectadas, reflexionando que la ampliación de las medidas policiales de identificación y prevención, hasta englobar la adquisición de características genéticas individuales, llevaría a que en los archivos policiales se acumularían informaciones genéticas sobre un número creciente de personas. En algunos casos es cierto que los afectados pueden solicitar la destrucción de estos documentos, pero para los contrarios a la elaboración de estos archivos, la mejor protección está en que no lleguen ni siquiera a registrarse datos de este tipo.

El planteamiento contrario a las bases de datos de ADN cualquiera que sea su fin es compartido por cierto sector de la doctrina.<sup>159</sup> Es cierto sin embargo, que parte de las justificaciones a estas reticencias están basadas en la información médica que conlleva los análisis y que como se viene exponiendo en este trabajo puede llevarse a cabo la identificación sin analizar otro tipo de información.

Como dijimos la necesidad de previsión legislativa era impostergable además de por los reclamos antes enunciados por la propia reserva legal que constituye la primera de las garantías que la Constitución de 1978 establece acerca de las libertades públicas y los derechos fundamentales. A nivel internacional el Convenio Europeo de Derechos

---

159. LLEDO YAGUÉ, F., "La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicaciones jurídicas". *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. IV, ed. Fundación BBVA, Madrid, 1994, pág. 33.



Humanos establece en sus artículos 5 y 8.2 que los derechos a la libertad y a la intimidad son restringibles siempre y cuando estas medidas estén previstas por la Ley. En este sentido establece el TEDH que cualquier restricción de derechos fundamentales además de ser adecuada a los fines legítimos a los que se dirija y de ser una medida necesaria en una sociedad democrática para alcanzarlos, debe estar prevista por la ley.

El TEDH en los Casos *Kruslin y Huvin*<sup>160</sup>, acerca del requisito de la previsión legal establece, que las palabras “previstas por la ley” en el sentido del art. 8 exigen que la medida tenga algún fundamento en el derecho interno, norma que debe ser accesible a la persona afectada, que ha de poder prever sus consecuencias para ella, y ser compatible con la preeminencia del Derecho. Las habilitaciones genéricas, aun cuando vayan acompañadas de resoluciones judiciales, no son suficientes y no pueden suplir la ausencia de ley.

Esta necesidad legislativa se manifestaba en las dos fases de la práctica probatoria; por una parte la intervención corporal previa necesaria, con la problemática ya tratada de la posible falta de consentimiento. Aún cuando estuviesen reguladas en España las intervenciones corporales, persistiría el vacío legal en lo relativo a la prueba del ADN. La intervención corporal se produce para la ulterior práctica de la prueba de ADN y ésta de por sí, supone nuevas intromisiones en derechos distintos, o en manifestaciones distintas del mismo derecho<sup>161</sup>.

Con la previsión legislativa la regulación de esta materia los órganos jurisdiccionales correspondientes cuentan, por fin, con una habilitación legislativa que establezca las condiciones y límites de las intervenciones corporales necesarias para la extracción del material biológico y para el análisis de ADN, respetándose así el principio de seguridad jurídica.

Son varias las críticas que podrían hacerse, vacíos, contradicciones que abundan en una inseguridad jurídica totalmente inaceptable, en una materia tan relevante como es ésta, al estar afectados el eficaz ejercicio del *ius puniendi*, las expectativas sociales sobre la eficiente persecución de los delitos, el respeto que merecen los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluso de quienes se encuentran en la situación

---

160 La S del 24 de abril de 1990 se refiere a intervenciones telefónicas pero creemos que en el sentido estudiado son aplicables a la regulación de las técnicas de ADN aplicadas al proceso.

161 Esta regulación específica ya se mantiene a nivel internacional en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa Nº R 92, 1, sobre la utilización de esta modalidad de investigación del ADN en el ámbito de la justicia criminal.

indiciaria de *imputados o procesados*, o en la indeterminada de *sospechosos*, pues todos ellos se benefician del derecho a la presunción de inocencia. Probablemente el legislador podría haber sido más diligente y preciso en sus decisiones, tanto desde el punto de vista técnico-jurídico como de política legislativa. También es criticada su parquedad.

Durante los últimos años, los análisis de ADN han ayudado a resolver diversos homicidios en España. El caso de Rocío Wanninkhof, asesinada en octubre de 1999 cerca de Mijas (Málaga), que propició que los perfiles de ADN se incluyeran en la legislación. Unos años después de que un jurado popular declarase a Dolores Vázquez Mosquera culpable de aquel asesinato, se descubrió que el verdadero autor del crimen había sido Tony Alexander King, implicado en otro homicidio: el de la joven Sonia Carabantes, en septiembre de 2003. El perfil de ADN confirmó que el autor de ambos crímenes había sido la misma persona.

Por todo ello hay algunas deficiencias, por remarcar alguna, por un lado se echa de menos una mayor claridad en la regulación de la eliminación de muestras o vestigios una vez obtenido el perfil genético, dado que la remisión a la autoridad judicial, la cual se pronunciará sobre la ulterior conservación ( art. 5.1 de la Ley) podrá producir alguna inseguridad sobre el destino final de los vestigios, el Consejo de Europa de 1992 en este sentido recomendaba el no mantenimiento de las muestras “... una vez dictada resolución definitiva en el proceso...”. También una mayor especificidad sobre quien y ante quien se solicita la cancelación de los datos almacenados en la base de datos. Como ya hemos expresado más arriba y en reiteradas ocasiones una mayor concreción del concepto de “sospechoso” indicado en la Ley en el art. 3.1 a) y en la Disposición Adicional Tercera, respectivamente. La necesidad o no de autorización judicial para toda toma de ADN, no sólo en supuestos de recogida de muestras biológicas del sospechoso contra su voluntad, también en aquellos casos donde se pueda recoger muestras biológicas sin su oposición, pero sin que exista tampoco su consentimiento, es más incluso sin su conocimiento.

Podría ser útil además pensar el registro de ADN como posible instrumento de ejecución penal, es decir como instrumento de control del sujeto en la fase de ejecución de la pena privativa de la libertad y por otro lado supondría una medida de seguridad.

Respecto a la primera de ambas recomendaciones, es decir su incorporación de

dicha medida en los programas de ejecución penitenciaria. Paralelamente a lo que ocurre con los instrumentos de supresión hormonal reversible, también el control mediante perfiles de ADN puede ser un instrumento útil para el aumento de control y la reducción de la peligrosidad de determinados reclusos que se hallen en situación de permiso penitenciario, tercer grado o libertad provisional. En cuanto al registro de ADN como medida de seguridad, que cumplen una función común de prevención especial del delito ante un sujeto peligroso, coincidiendo en este aspecto con las penas. Ambos instrumentos, sin embargo divergen en cuanto a su concepto. Mientras la pena es una respuesta al delito, las medidas de seguridad tienen como presupuesto la peligrosidad del sujeto. En el CP Español dicha peligrosidad debe materializarse en un hecho delictivo ( medidas de seguridad postdelictivas). Así, a diferencia de la pena que debe ser contemplada como una consecuencia jurídica de la infracción de una norma imperativa, las medidas de seguridad consisten en un tratamiento para la peligrosidad del sujeto, no suponiendo la infracción de una norma.

En algunos supuestos el CP permite al juez imponer, además de una pena privativa de la libertad, una medida de seguridad, en caso de concurrencia de ambas el CP opta por el sistema vicarial ( art 99), es decir que el sujeto debe cumplir primero la medida de seguridad privativa de libertad y tan solo tras hacer lo mismo con la pena privativa de la libertad, descontando el tiempo durante el cual el sujeto ha estado privado de su libertad a consecuencia del cumplimiento de la medida de seguridad. Tal como dispone el CP, es posible distinguir entre tres clases de medidas de seguridad: terapéuticas, educativas y puramente asegurativas. Las tres clases de medidas tienen como finalidad la prevención del delito. La principal diferencia entre las medidas de seguridad asegurativas, por un lado y las medidas de seguridad reeducativas y curativas, por otro consiste en que, las primeras miran hacia la sociedad, las segundas están orientadas hacia el sujeto.

La propuesta sería que el control a través de identificadores de ADN no sea concebido únicamente como un instrumento puesto a servicio de la ejecución penitenciaria, y que pueda convertirse en una medida de seguridad, impuesta por sentencia, y fundamentada en la peligrosidad del sujeto que ha cometido un delito.

Será necesaria una reforma de la Ley 10/2007 pues su aplicación se refiere a la extracción de perfiles de ADN y su integración en base de datos, con el fin de investigar

determinados hechos delictivos, no con el fin de controlar la peligrosidad del sujeto que ya ha delinquido. Se han propuesto reformas en las que se armonicen los arts. 326 y 363 de la LECrim con la LO 10/2007 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así dicha Ley vería ampliado su objeto, y se haría necesaria también la incorporación de la nueva medida de seguridad en el CP. También consolidar un sistema que permita unificar las distintas bases de datos policiales de perfiles de ADN; y la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario, a fin de adaptarlos a las reformas legislativas anteriores. Su finalidad sería evitar la comisión de futuros delitos.

La reforma de la LO 10/2007 deberá respetar los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de medidas restrictivas de derechos fundamentales, que son básicamente tres: que esté prevista legalmente (1), que persiga una finalidad legítima (2) y que el medio sea proporcional a la finalidad perseguida (3).

a) 1º requisito: Así, la medida debería estar prevista en una Ley orgánica que recoja de forma clara, precisa y accesible y previsible en qué casos y circunstancias y con qué finalidad puede ser ordenada, es decir, cuáles son los delitos para el control de los cuales se acordará la práctica, ¿qué sujetos pueden ser sometidos; quién está legitimado para su práctica, si es posible o no la ejecución coactiva a costa del sujeto investigado, y qué medios no resulta legítimo utilizar por atentar contra la dignidad o la salud del sujeto. Además, habría que reformar también el Código Penal para añadir esta nueva medida de seguridad; la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como la Ley orgánica general penitenciaria y el Reglamento penitenciario.

b) 2º requisito: La finalidad legítima que debería perseguir la medida-a diferencia de lo que sucede con el uso de identificadores de ADN en diligencias probatorias-, sería evitar la comisión de delitos futuros, es decir, la prevención de la comisión de delitos.

c) 3º requisito: Finalmente, el medio debe ser proporcional a la finalidad perseguida. Por ello, debe ser idóneo, necesario y proporcional en sentido estricto. En el caso de la idoneidad, se refiere a que, para que sea posible la adopción de la medida, debe tratarse de delitos que, por su naturaleza, puedan dejar muestras biológicas en el

lugar de los hechos. Además, para que las bases de datos sean operativas, es necesario establecer con claridad el abanico de delitos. Y, para que la medida sea eficaz, debe ir acompañada del requisito de que el sujeto sea permanentemente localizable para la oficina judicial.

El control mediante los perfiles de ADN debería ser el mecanismo menos gravoso para el sujeto. En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, es necesario que la restricción de derechos fundamentales que represente quede compensada por el beneficio obtenido con su aplicación. Por eso, hay que recordar que el ADN objeto de extracción y análisis sería el ADN no codificante, es decir, aquel que únicamente proporciona información sobre la identidad y el sexo del sujeto, es el ADN cuyo conocimiento compromete menos la identidad personal del sujeto sometido a la medida.

La medida tan sólo podría aplicarse a supuestos muy concretos. Los delitos para los que dicha medida estaría prevista, serían exclusivamente, los delitos contra la vida, la integridad física o psíquica, la libertad y a libertad sexual, siempre que fueran graves, es decir, que tuvieran prevista una pena privativa de libertad superior a cinco años. Los sujetos que se someterían serían reos con pronóstico de riesgo de reiteración delictiva, en situación de tercer grado penitenciario o libertad condicional. El plazo máximo de cancelación del registro del perfil de ADN del sujeto, y de destrucción de la muestra de ADN obtenida a partir de los vestigios o de la víctima del delito sería de 10 años. Pero podría quedar sin efecto en cualquier momento dada a evolución de la peligrosidad del sujeto.

Se trataría de crear un registro con el ADN no codificado de los violadores reincidentes, con el objetivo de que cuando queden libres se autocontrolen ante el temor de ser fácilmente identificados si vuelven a delinquir. Este banco de datos con el ADN -que tan solo facilitaría la identidad y el sexo-, serviría para identificar con casi total certeza al autor de un delito grave -un homicidio o una violación-, pero su principal virtud sería que también podría ser un elemento de "autocontrol" para evitar la reincidencia. El temor a saber que no se es impune y que serán identificados sin problema es un factor importante que sirve para el autocontrol de los delincuentes peligrosos, una vez quedan libres al obtener el tercer grado o tras cumplir la condena.

Para poder obtener las muestras de ADN se abren dos vías: que los presos lo hagan de forma voluntaria o que el juez contemple esta medida al dictar sentencia.

De hecho el departamento de Justicia de la Generalitat, ya desde el año 2009 propone, que el ADN de este tipo de presos peligrosos se mantenga en el registro durante un periodo de diez años -el mismo tiempo que se quiere estipular para la libertad vigilada en la reforma del Código Penal- y tan sólo sería accesible a las unidades policiales del Estado, previa autorización judicial, y a las autoridades judiciales y fiscales en la investigación del caso.

En países como Uruguay<sup>162</sup>, esta idea no es nueva ya en el año 2003, el subsecretario del Ministerio del Interior, Daniel Borrelli junto al director de Policía Técnica, Lucas de Armas, expusieron en la Comisión de Legislación y Códigos del Parlamento el proyecto de Ley que proponía crear un banco de datos de ADN de los reclusos procesados por delitos violentos. Los presos a los que se les tomaría dicho registro deben haber cometido delitos como violación, rapiña, homicidio y copamiento y tener al menos tres antecedentes penales

El registro de ADN ha sido también, uno de los puntos relevantes de cooperación entre México y Estados Unidos, como parte de la Iniciativa Mérida<sup>163</sup>, aunque ha estado más enfocado a la captura de los datos genéticos de los policías de todos los niveles.

En el mes de abril de 2011, en el marco de la cooperación de Estados Unidos con México la primera donó un paquete de 220 mil tarjetas para recolectar el ADN de los presos reclusos en sus cárceles, propiciando la creación de un banco de datos de ADN. Una muestra de ADN es un registro de identidad infalsificable. Contar con un banco de datos de ADN de los reos permitiría, por ejemplo, identificarlos en el futuro en caso de que salieran libres o se fugaran y volvieran a ser capturados, aunque hayan cambiado su fisonomía. También facilitaría su identificación si fuesen encontrados

---

162. EL PAIS Año 85 N°29431 Internet Año 8. N° 2541 jueves 17 de julio de 2003. Montevideo Uruguay.

163. La Iniciativa Mérida (a veces llamada Plan Mérida o Plan México) es un tratado internacional de seguridad establecido por los Estados Unidos en acuerdo con México y los países de Centroamérica para combatir el narcotráfico y el crimen organizado y luchar contra ellos. El acuerdo fue aceptado por el Congreso de los Estados Unidos y activado por el expresidente George Bush el 30 de junio del 2008.

como cadáveres o para saber si estuvieron presentes en la escena de un crimen, siempre y cuando hayan dejado en ella algún rastro como saliva, semen, etcétera.

El Departamento de Estado de Estados Unidos convocó el pasado 15 de abril de 2011 a una subasta para la compra de las tarjetas Whatman FTA Mini Card, las cuales permiten almacenar durante un plazo de 15 años la información genética mediante una muestra de saliva, sin necesidad de mantenerla en refrigeración u otros cuidados especiales.

#### ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA REFORMA

Como adelantamos de forma menos sistemática en apartados anteriores, con la reciente reforma que da nueva redacción a los apartados 2, 3, 4, 5, 6 del artículo 520 y se introducen nuevos apartados 2 bis, 7 y 8 en este mismo precepto, que en lo relativo al tema de nuestro trabajo tiene el siguiente contenido:

Del artículo 520.6 LECrim:

6. La asistencia del abogado consistirá en:

b) Intervenir en las diligencias de declaración del detenido, en las diligencias de reconocimiento de que sea objeto y en las de reconstrucción de los hechos en que participe el detenido. El abogado podrá solicitar al juez o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en la que haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.

c) Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten. Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.



En el apartado segundo se recogen los derechos de detenido, y se transponen las Directivas 2013/48/UE y 2012/13/UE. La previsión contenida en el segundo párrafo del ordinal 4º: “...la asistencia letrada no será precisa para la recogida de muestras de sustancias biológicas del detenido con los fines previstos en la legislación sobre bases de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir de ADN...” . Hace referencia al frotis o toma de muestras no a las muestras abandonadas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha inclinado por exigir asistencia letrada para la toma de muestras a los detenidos. El Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de 24 de septiembre de 2014, mantiene que “ la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentra detenido y en su defecto autorización judicial. Sin embargo, es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no haya cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción”. Este acuerdo ha sido aplicado en la reciente sentencia 734/2014, de 11 de noviembre, de la Sala Segunda.

El Tribunal Constitucional ha dictado recientemente varias sentencias sobre el tema; casi todas ellas se refieren a la recogida de cigarrillos o esputos abandonados. La STC nº 134/2014 se refiere a un frotis bucal realizado por la policía en la persona del recurrente detenido, con la finalidad de confrontar las muestras biológicas obtenidas con otras halladas en una prenda encontrada en el lugar de los hechos, sin que existiera autorización judicial ni presencia de intérprete ni asesoramiento de letrado cuando aquél prestó el consentimiento. En el FJ 4º, el Tribunal Constitucional afirma que “la doctrina constitucional sobre el derecho a la intimidad ha admitido la legitimidad de intromisiones en tal derecho cuando, sin autorización judicial, concurriera el consentimiento del afectado. Con arreglo a esta doctrina, la policía judicial podría proceder, de forma autónoma, a la toma directa de muestras y fluidos del cuerpo del sospechoso, siempre y cuando se obtuvieran mediante una intervención corporal leve (como, por ejemplo, la extracción de saliva mediante un frotis bucal), y el afectado prestara su consentimiento. El consentimiento actúa como fuente de legitimación constitucional de la injerencia en el ámbito de la intimidad personal y genética del



afectado”. Y posteriormente añade: “el recurrente fue informado de su derecho a ser asistido de letrado, con carácter previo a la práctica de la diligencia policial de obtención de la muestra biológica, a pesar de lo cual en el momento en que se llevó a cabo esta diligencia no solicitó la presencia de letrado”, por lo que se configura constitucionalmente como un derecho renunciable, siempre que haya existido un consentimiento informado.

La Ley 10/2007 configura los análisis de ADN de forma que las muestras obtenidas y la determinación del perfil no se referirá al ADN codificante, que contiene todos los datos genéticos de la persona.; “...sólo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la identidad del sujeto y del sexo, pero, en ningún caso, los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética”. De ello puede obtenerse la conclusión de que en estos casos la afectación del derecho a la intimidad genética es inexistente, mientras que la afectación del derecho a la integridad corporal es mínima, en cuanto que sólo supone la toma de una muestra mínima de saliva. Debe concluirse que desde el punto de vista de la afectación de los derechos fundamentales, la reseña de ADN puede equipararse a la reseña decadactilar.

Merece valorar positiva el cambio en la redacción otorgada a este apartado c) del art. 520.6 PLECrim que mejora ostensiblemente lo que señalaba el art. 520.2.4º ALEC en virtud del cual no era precisa la asistencia letrada para la recogida de muestras de sustancias biológicas del detenido (ADN), se entendía que valía con la autorización del imputado, justamente lo contrario de lo que se prevé en el Borrador de Código Procesal Penal de 2012 (arts. 283.4 y 284.3) y en el Acuerdo de la Sala Segunda en Pleno del TS de 24 de septiembre de 2014, donde se requiere la asistencia letrada aunque exista el consentimiento del imputado.

La falta de autorización judicial para la obtención de prueba biológica resulta un riesgo innecesario que puede afectar a la cadena de custodia en la obtención de una prueba y que a la postre pueda conllevar igualmente su nulidad por la vía del art. 11.1 LOPJ. Por tanto, toda obligación de que sea el Juez instructor el que imponga la ejecución forzosa de la medida debe refrendar el derecho de defensa pues no cabe otra opción que obtener esa ejecución acordando en resolución motivada las razones de su ejecución.

Como queda visto se incluye en lo relativo a la prueba de ADN como uno de los cometidos de la asistencia letrada el informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de las diligencias que se soliciten.

Vemos como este texto fija una nueva interpretación respecto a los criterios fijados el pasado 24 de septiembre de 2013 por el Tribunal Supremo en el sentido de que el almacenamiento de muestras biológicas constituye *"una suerte de preconstitución de prueba a perpetua memoria, eventualmente de cargo, de particular relevancia"*, ya que el detenido *"accederá a una genérica y abierta condición de sospechoso"* de hechos delictivos tanto pasados como futuros, respecto a los cuales la policía podrá cotejar sin límite su ADN.

El Supremo extrema las garantías para la recogida de muestras *"que no se podrán utilizar como prueba, incluso si el detenido autoriza la obtención, salvo que se haya avisado a su abogado y éste haya aconsejado a su cliente"*.

Si bien el Anteproyecto establecía que se elimine la protección de los derechos de defensa asistencia letrada a la persona detenida a quien se le requiere por los agentes policiales para que autorice la toma de muestras biológicas a los efectos y fines previstos en la Ley Orgánica 10/2007, contradiciendo lo fijado en el artículo siguiente, que regula la prestación del servicio de asistencia letrada en el que se señala que *"el abogado informará al detenido de las consecuencias de prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten"*. Finalmente no ha sido parte de la reforma que se aprobó, celebramos la decisión pues se hubiera visto vulnerado seriamente el derecho de defensa.

**CAPITULO IV  
BASE DE DATOS**



## A) FICHEROS POLICIALES DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL.

La Guardia Civil con el nombre de ADNIC y la Policía Nacional con el nombre de ADN Veritas custodian bajo su responsabilidad un fichero con fines de investigación delictiva.

### i) ADN Veritas,

Este archivo establece como finalidad *“colaborar con la Administración de Justicia en la represión de infracciones penales, con la identificación genética de vestigios biológicos recogidos en la investigación de hechos presuntamente delictivos o de muestras de la misma naturaleza, a solicitud o disposición de autoridades a las que la Ley atribuya competencia para exigir el tratamiento de los datos que resulten, mediante el cotejo de los perfiles genéticos investigados con los obtenidos de las muestras de origen conocido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 22.4 de la Ley Orgánica 15/1999 sobre Protección de Datos de Carácter Personal en relación al artículo 20”*.

### ii) Usos previstos

Investigaciones realizadas por el Cuerpo Nacional de Policía con los citados fines. Las personas o colectivos afectados serán aquellos sobre los que se pretenden obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos, las personas que dispongan las autoridades a las que la Ley atribuya competencia para exigir el tratamiento de los datos, a los exclusivos efectos, en este último caso, de una correcta investigación, quienes voluntariamente lo deseen para contribuir a cualquier esclarecimiento de hechos que les afecten, así como los vestigios biológicos recogidos en relación con los hechos presuntamente delictivos.

El procedimiento de recogida de datos de carácter personal son actividades de investigación realizadas por el Cuerpo Nacional de Policía, y cumplimiento de las disposiciones de autoridades a las que la Ley atribuya competencia para exigir el tratamiento de los datos. Formando la estructura básica del fichero con infracciones penales que se tratan de investigar, nombre, apellidos, filiación, fecha de nacimiento, datos. También lo incluyen cesiones de datos genéticos con fines identificativos que se prevean y transferencias a países terceros, en su caso: a otras fuerzas y cuerpos de seguridad, a los órganos jurisdiccionales y al Ministerio Fiscal, y a organismos

internacionales y países extranjeros en los términos establecidos en los acuerdos y tratados suscritos por España (Interpol, Europol, Sistema Información Schengen, Unión Europea y convenios bilaterales).

iii) Fichero ADNIC, de modo similar a la Policía Nacional se crea un fichero automatizado con fines igualmente de investigación delictiva y determinado como órgano de la Administración responsable, la Dirección General de la Guardia Civil.

a) Medidas de seguridad

De conformidad a lo establecido en el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal, al fichero ADNIC le son de aplicación las medidas de seguridad calificadas como de nivel básico, medio y alto previstas en dicho Reglamento. Las finalidades y usos previstos serán las investigaciones realizadas por el Cuerpo de la Guardia Civil para la identificación genética (ADN) de los vestigios biológicos con ocasión de una investigación criminal y de las muestras que determine la Autoridad Judicial, de tal forma que los perfiles de ADN obtenidos de las muestras procedentes del lugar de los hechos, o relacionadas con los mismos (muestras desconocidas/anónimas) puedan relacionarse con perfiles de ADN de origen conocido que haya determinado la Autoridad Judicial, o bien relacionarse entre los diferentes tipos de perfiles entre sí.

Las personas o colectivos sobre los que se pretende obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos serán las personas que determine la Autoridad Judicial y los vestigios biológicos de aquellas, que quedaron en el lugar de los hechos, o estén relacionados con los mismos. Los procedimientos de recogida de datos de carácter personal serán las actividades llevadas a cabo por los distintos servicios de la Dirección General de la Guardia Civil.

La estructura del fichero automatizado y descripción de los tipos de datos de carácter personal incluidos en el mismo serán las infracciones penales, nombre y apellidos, datos genéticos con fines identificativos, patrón de bandas ADN. Los datos podrán ser cedidos a los órganos jurisdiccionales, al Ministerio Fiscal y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el curso de investigaciones criminales.

Asimismo, los datos disociados de cualquier elemento que pueda permitir su identificación podrán cederse a entidades públicas o privadas con fines de investigación científica o estadística.

## **B) FICHEROS POLICIALES DE DESAPARECIDOS:**

### **a) Programa Fénix**

La finalidad será las investigaciones realizadas por el Cuerpo de la Guardia Civil para la identificación de cadáveres/desaparecidos. Su finalidad es científica –sic-. El órgano de la Administración responsable del fichero automatizado será la Dirección General de la Guardia Civil. Personal o colectivos sobre los que se pretende obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos:

Los cadáveres/desaparecidos, objeto de investigación, a efectos de identificación. Los tipos de datos de carácter personal incluidos en el mismo: DNI/pasaportes, datos de filiación, domiciliación y localización, marcas físicas y descripción, datos de estado civil, fecha/lugar de nacimiento, sexo, nacionalidad, vehículos utilizados, teléfonos, datos genéticos con fines identificativos (ADN). Lo integran también las cesiones de datos de carácter personal de profesores universitarios e investigadores que mantengan relaciones de colaboración con la Dirección General de la Guardia Civil, autoridades judiciales, Ministerio Fiscal y organismos nacionales e internacionales con competencias análogas a las de la Guardia Civil. Éstas se harán siempre de manera esporádica, puntual, por escrito y no de forma masiva. La Unidad ante la que puede ejercitarse los derechos de acceso, rectificación y cancelación es la Dirección General de la Guardia Civil.

### **b) ADN Humanitas:**

Se justifica formalmente la existencia de este fichero en el mejor cumplimiento de funciones encomendadas a la policía relacionadas con el desempeño de labores humanitarias y de investigación y auxilio de la Administración de Justicia, aconseja la creación de un fichero para la identificación de restos humanos mediante análisis

genéticos.

En ADN Humanitas la finalidad son labores humanitarias de identificación de restos humanos de víctimas de hechos catastróficos o criminales así como cadáveres de desaparecidos y el uso de investigaciones realizadas por el Cuerpo Nacional de Policía con los fines citados. Las personas o colectivos sobre los que se pretenden obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos se determinan por los datos correspondientes a los restos humanos que deban identificarse, y se obtendrán para cotejo identificativo los de quienes por estar genéticamente relacionados con los desaparecidos o víctimas de catástrofes o crímenes que se pretendan identificar, resulten útiles en razón de los conocimientos científicos y aplicaciones técnicas pertinentes para la identificación pretendida, siempre que accedan a facilitarlos, soliciten voluntariamente su recogida con este fin, o así lo dispongan las autoridades a las que la ley atribuya competencia para exigir el tratamiento. La estructura básica del fichero es la siguiente: Documento nacional de identidad/pasaporte, nombre y apellidos, nacionalidad, datos de filiación y sexo, fecha y lugar de nacimiento, domicilio, teléfonos y lugares de estancia habitual, descripción y rasgos fisonómicos y antropológicos, datos de perfil genético con valor identificativo, vehículos utilizados.

Se establece la cesión de datos de modo idéntico que en el caso del fichero ADN Veritas y del mismo modo el órgano responsable. Se indican como medidas de seguridad, con nivel alto exigible.

### C) PERSONAS CUYOS PERFILES SE INCLUYEN:

Es evidente, que a mayor número de perfiles incluidos en una base de datos mayor será su eficacia. Se ha argumentado a favor de llevar a cabo una base de datos lo más amplia posible, que la prueba de ADN supone una mínima injerencia física y que no habría mucha diferencia con la toma general de huellas dactiloscópicas de la población y una base de datos conformada con las "huellas genéticas" de los individuos. No parece válido este criterio por distintos motivos; en primer lugar es cierto que a la hora de elaborar en España el Documento Nacional de Identidad se toma la huella dactilar. Sin embargo ésta no puede ser utilizada para la investigación de un delito en un procedimiento penal sino es mediante autorización judicial. Otro archivo distinto es



aquel conformado por las huellas dactilares de los detenidos a los que la policía toma las huellas. Estas conforman un archivo que es el que se coteja con las huellas halladas en el lugar del delito. En principio el archivo de huellas dactilares está únicamente formado con las que proceden de los detenidos que sólo lo podrán ser en los casos establecidos por la ley<sup>164</sup>

En cualquier caso este sistema basado en un criterio meramente policial es también cuestionable. La reseña del detenido es una práctica policialmente útil carente de normativa jurídica, si prescindimos de la Orden de 20 de noviembre de 1934 que disponía la inmediata reseña del detenido tras su ingreso en las dependencias policiales. Los arts. 373 y 785 de la LECrim que versan sobre huellas dactilares, se encaminan más que a vincular al detenido con un hecho, a determinar la exacta identidad del detenido que es potestad exclusiva del Juez y sólo si existe duda sobre su personalidad por lo que no se refiere al tema ahora abordado. Los arts. 292 y 294 de la LECrim o en las genéricas funciones a realizar por la Policía Judicial del art. 282 son los que amparan la identificación dactiloscópica. El art. 18.1 del RD 190/96 de 9 de febrero, de Reglamento Penitenciario regula la reseña (alfabética, dactilar y fotográfica) del recluso tras la admisión en el establecimiento penitenciario. No obstante, y como indican las STC de 21 de julio de 1983 y 7 de abril de 1987, la compulsión directa a realizar estas técnicas de identificación también tiene que encontrar su apoyo en una Ley formal específica que trate del tema.

No podemos comparar la vulneración de derechos individuales con la toma de una huella dactilar y con el análisis del ADN. Aún admitiendo que la injerencia física fuese similar existen diferencias más importantes. Así de la huella dactilar no se pueden obtener más datos que los puramente identificativos, mientras que de la muestra biológica obtenida para el análisis del ADN también se podrían estudiar regiones codificantes con la información que ello supondría tal y como se expuso en el capítulo anterior. Por otra parte aún en las regiones hipervariables nos revelan a veces información acerca del origen étnico del individuo. Por otra parte aún cuando se limitasen a ámbitos estrictamente no codificantes hay que tener en cuenta que el perfil que arroja puede llevar a conclusiones sobre la posible participación no del sujeto analizado pero sí de un familiar consanguíneo, que sí pueda ser el autor del delito

---

164. Los casos en que procede la detención están establecidos en los artículos 492 y 490 de la LECrim

mientras que la huella dactilar de una persona no se asemeja a la de sus familiares<sup>165</sup>. El archivo de las muestras biológicas sin una custodia garantizada implica el potencial peligro de su análisis exhaustivo que permiten las técnicas genéticas y la utilización de información por terceros que nada tiene que ver con una investigación criminal. Por otra parte el resultado del análisis ya desvinculado de la muestra, conlleva vulneración de la autodeterminación informativa no sólo propia sino de familiares.

Volvemos, a la hora de determinar a que sujetos incluiremos en la base de datos al principio de proporcionalidad. Un importante sector de la doctrina española considera la proporcionalidad como un principio general del derecho, que en un sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto, considerando incuestionable, que cualquier intervención judicial, debe estar fundada en una imputación suficiente sin que quepa, por lo tanto, sujetar indiscriminadamente una persona a la práctica de medios de investigación que requieran cualquier tipo de intervención corporal.

Sin analizar la vinculación concreta de un individuo con un delito y yendo más allá. Se trata de incluir el análisis realizado en una persona para un determinado delito en una base de datos de tal modo que un vestigio encontrado en una escena de un delito se pueda cotejar con los análisis de dicha base de datos. Así puede resultar vinculado a un delito en el futuro sin que entonces haya mediado autorización judicial ni se solicite el consentimiento para el cotejo.

Es evidente por tanto, que los requisitos tendrán que ser más restrictivos que los tomados para un caso concreto pues la vinculación ab initio del sujeto con el delito será menor. En la investigación de un caso concreto se puede estar a la vinculación de un individuo con el delito. No así en una base de datos en que la vinculación en principio es nula y la inclusión por tanto deberá ser más restrictiva. Es más, la vinculación precisamente nos la dará esta coincidencia de perfiles conseguida gracias a la base de datos. No hay que olvidar que cualquier archivo de estas características se delimita en base a dos grandes grupos de posibles análisis. Por una parte los análisis de los vestigios encontrados en el lugar del delito, por otra los individuos dentro de los que hay que distinguir la posible inclusión de condenados y sospechosos o imputados.

Se propone en base a estos criterios que se incorporen en la base de datos los

---

165. ALONSO ALONSO, A., "El ADN en la investigación penal y civil". *Revista del Ministerio Fiscal* núm. 6, ed. Ministerio de Justicia, 1999, pág. 278.

perfiles de ADN con o sin el consentimiento del afectado en los siguientes supuestos:

a) Condenados por sentencia firme por alguno de los delitos que se enumeraron como conformadores de la base de datos:

Llevando a cabo los análisis para determinar el perfil del ADN de los condenados, aún cuando en el curso de la instrucción de la causa no se hubiera requerido dicho análisis. Si el criterio es la gravedad del delito y el carácter preventivo para evitar la reincidencia parece lógico que se lleven a cabo dichos análisis con independencia de que hubieran sido necesarios para la investigación. Es necesario plantear dicha posibilidad pues de otro modo el imputado que hubiere cometido delitos con anterioridad (por ejemplo una serie de delitos contra la libertad sexual) preferirá llegar a una conformidad en la condena por un delito en que su imputación no esté basada en pruebas biológicas y de este modo evitar el análisis y cotejo con posibles vestigios de delitos anteriormente cometidos.

Es decir, si se establece el archivo de los análisis de los condenados por una serie de delitos, estos análisis deberán practicarse sin excepción. Si se ha llevado a cabo a lo largo de la instrucción del procedimiento ya podrán archivarse esos resultados una vez que la condena sea firme. Si no ha sido necesario el análisis a lo largo del procedimiento se tomará la muestra y se procederá al análisis igualmente una vez que la sentencia de condena sea firme.

En caso de no prestar su consentimiento el condenado a la toma de la muestra, el Fiscal solicitará del Juez que autorice a adoptar las medidas necesarias para la toma de dicha muestra, ulterior análisis de la misma y remisión del resultado a la base de datos.

En caso de falta de consentimiento la toma de la muestra se realizará a presencia del Secretario Judicial quien levantará acta haciendo constar la identidad fehaciente del condenado, así como del experto designado para la toma material de la muestra, incidencias de la diligencia y etiquetado de la muestra.

Cabe plantearse si la toma de muestra una vez que la sentencia sea firme y no se hubiera practicado como consecuencia de la instrucción, se debe ordenar por el Juez de Vigilancia Penitenciaria o por el órgano judicial encargado de ejecutar la pena. En un principio se podría pensar en una ejecución ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Sin

embargo y teniendo en cuenta criterios procesales, y de considerarlo consecuencia accesoria de la pena debe llevarse a cabo dirigida por el Juez o Tribunal que lleve a cabo la ejecución de la condena. Hay que tener en cuenta que pese al catálogo de delitos señalados en su mayoría con penas graves, no necesariamente tienen porqué implicar el ingreso en centro penitenciario pues habrá casos en los que la condena por dichos delitos no conlleve el inmediato ingreso en prisión, pensemos en el juego de atenuantes, exhimentes incompletas, abono de prisión preventiva etc.

Este extremo además es un argumento que refuerza el sistema de catálogo de delitos frente al de un número de años de pena. Pues en este último caso se plantearía la cuestión de delimitar si la pena que se estableciese se referiría al delito considerado en abstracto, o la pena que efectivamente se impusiese al condenado con independencia de las circunstancias concurrentes o del grado de perfección del delito (tentativa).

#### b) Imputados mediante resolución judicial

En el curso de una instrucción por alguno de los delitos enumerados anteriormente, cuando para la investigación sea necesario el análisis de una muestra procedente del imputado, creemos que sería posible el cotejo del análisis realizado para ese concreto con los perfiles que figuran en la base previa autorización judicial. Es decir, se puede en la investigación de un delito de los enumerados, solicitar la autorización judicial para que el análisis del sometido a la prueba de ADN en un caso concreto se coteje con el archivo correspondiente de los vestigios encontrados en distintas escenas delictivas. Igualmente y de no pedirlo la Policía o el Ministerio Fiscal podría acordarse por parte del Juez Instructor de modo preceptivo una vez alcanzado la condición de imputado o procesado, siempre dentro del ámbito del catálogo de delitos determinados.

Ello no conlleva que este resultado pase a conformar el archivo antes de una sentencia condenatoria, pero sí que en caso de que una persona se encuentre imputada judicialmente por estos delitos pueda investigarse a través de la base de datos de ADN si participó en hechos similares. Para ello habrá de ser notificado de tal posibilidad y es por ello que se trata de extender una sospecha a otros delitos por lo que consideramos que debe ser limitada a los delitos más graves y con una posible existencia de vestigios

biológicos, para de este modo esclarecer delitos “en serie”. En ningún caso cabría plantearse la posibilidad de practicar este análisis con detenidos o sospechosos policiales, sin autorización expresa mediante resolución motivada del Juez, pues se quebraría el principio de proporcionalidad y la Policía Judicial se estaría atribuyendo entonces funciones de calificación jurídica. No corresponde a la Policía determinar si estamos ante un determinado delito y no otro, pues en muchos casos esta calificación jurídica es compleja y no conferida a sus competencias. Parece obvio que esta calificación la debe llevar a cabo el Juez Instructor quien además ponderará la posible vinculación del sospechoso con el delito, de ahí que se establezca la posibilidad únicamente para los ya imputados. La necesidad de ser un imputado judicial viene además motivada, porque una vez llevado a cabo el análisis y comparado en esa fase procesal para ver si pudo intervenir en otros delitos por la comparación con vestigios encontrados en la escena del delito en caso de que efectivamente se diese esa coincidencia, el sujeto podrá ser imputado y condenado en otros asuntos aún cuando en el caso inicial por el que se tomó la muestra fuere absuelto, supuesto que parece requerir especiales garantías.

El concepto de imputado ha sido debatido por la doctrina procesalista pero adoptamos al respecto las líneas trazadas por el Tribunal Supremo entre otras por la Sentencia de 19 de febrero de 2001 que además se refiere a la práctica de una prueba de ADN que anula precisamente por no otorgar al sujeto a la misma las condiciones jurídicas que su carácter de imputado le otorga:

“Ocurre, no obstante, que la categoría «imputación» como la de «imputado» no son unívocas en su significación y que, con referencia al proceso, se utilizan para denotar diferentes situaciones en las que puede hallarse un sujeto al que se relaciona con una noticia de delito. Así, en esa primera aproximación, se habla de imputación en presencia de una denuncia o de una querrela de particular; cuando concurra la declaración de un testigo que en un proceso atribuye responsabilidades a una persona ajena al mismo; en el caso del imputado que denuncia a otro como coimplicado; cuando quien denuncia es la policía o el Fiscal, y, en fin, siempre que medie un acto de éste o del Juez que constituya a alguien formalmente en sujeto pasivo de un proceso.

Recientemente la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por el Pleno del Senado modificando el término judicial “imputado”, que pasará

denominarse “investigado” en una primera fase y “encausado” si se mantiene la acusación a medida que avanza la investigación.

Lo que agrupa a estas modalidades de imputación es que en todas ellas se plantea un tema de decisión, a la vez que incorporan un juicio jurídico sobre una acción concreta. Pero entre ellas existe un matiz diferencial que tiene que ver inicialmente con la cualificación y la posición institucional de los sujetos y que se traduce en consecuencias jurídicas de importancia para el afectado. En efecto, no todas las formas de imputación implican ejercicio de la acción penal y, dentro de las que lo suponen, no todas tienen la virtualidad de instaurar en sentido propio el proceso contra alguien, es decir, no todas atribuyen el status de imputado dentro de un curso procesal concreto. El factor diferencial radica en la calidad institucional de quien protagoniza la actuación, según se halle o no dotado de potestad judicial. Por ello, imputación en sentido técnico es sólo el ejercicio de la acción penal por un sujeto institucional investido de una posición de poder judicial que le habilita para, en presencia de una noticia de delito contra persona determinada, instaurar un proceso o actuar en uno ya en curso constituyéndola en el status de imputado, que implica el sometimiento a investigación en un marco de garantías presidido por el principio de presunción de inocencia.

De este modo, la imputación en sentido estricto presupone un juicio (provisional) de correspondencia de un acto con un tipo de delito y la adscripción (asimismo en principio y como hipótesis) de la responsabilidad de su ejecución a un sujeto, contra el que se inicia una actividad de persecución, de la que éste tiene derecho a defenderse. A este respecto, ha declarado el Tribunal Constitucional (sentencia 135/1989, de 19 julio) que «la condición de imputado nace de la admisión de una denuncia o de una querella (no por cierto de la simple interposición de una u otra) pero si eso es claro no lo es tanto su vinculación con cualquier otra actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o persona determinadas» (art. 118.2º Lecrim). Si no basta la interposición de la denuncia o querella contra persona determinada para convertirlo en imputado con el alcance del art. 118, menos debe bastar con el mismo efecto la atribución de un hecho punible a persona cierta y determinada en cualquier diligencia... La fórmula del art. 118.2º LeCrim no puede ser entendida literalmente, sino que debe ser completada por la imprescindible valoración circunstanciada del Juez instructor.» Esta Sentencia del Supremo resolvía un recurso

contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 3 de marzo de 2000. En esta sentencia se había declarado nula la prueba de ADN por carecer de consentimiento informado para dicha práctica. *“...la defensa denuncia la nulidad de la diligencia de extracción de sangre para cotejo de ADN (...) porque no se lo informó de los hechos que ya en aquel momento se le imputaban, infringiéndose con ello el derecho fundamental a ser informado de la acusación, o de la posibilidad de negarse a la práctica de la diligencia, con posible infracción del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Nos hallamos, ahora sí, ante un supuesto de otorgamiento tardío de la condición de imputado generador de indefensión. (...)”* .

Ciertamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional carece de un cuerpo jurisprudencial constante que determine los límites de la capacidad coactiva del Estado para compeler a un individuo a someterse a una pericia, cual es la extracción de sangre que conduce al posterior cotejo de ADN que puede llegar a incriminarlo en unos determinados hechos delictivos de la forma más determinante. Sin embargo, sí está claro que la extracción de sangre puede afectar al derecho a la intimidad, aunque no sea una de las intervenciones que con mayor claridad lo afectan, o podría llegar a afectar a la libertad ambulatoria en caso de que la intervención corporal fuera coactiva, no, sin embargo, a la integridad física por la mera extracción. La posible tensión de la búsqueda de la verdad material inherente a todo procedimiento penal con derechos tan fundamentales como los mencionados, ha determinado que para la práctica de las intervenciones corporales se concreten una serie de exigencias de carácter procedimental que avalen la injerencia en derechos fundamentales que éstas suponen, y que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, se ha afirmado, en primer lugar, la necesidad de existencia de previsión legal que fundamenta su práctica, que en nuestro Derecho procesal no se establece en concreto para prueba de cotejo de ADN, si bien se han utilizado por analogía las disposiciones de la Ley rituarial correspondientes a la prueba pericial médica. En segundo lugar, se requiere que la diligencia se practique con control judicial, lo que implica la previa autorización judicial para su práctica instrumentalizada mediante el correspondiente auto en el que se motivará con suficiente ponderación la necesidad de la medida.



Por último, se precisa la proporcionalidad de la medida, en el sentido de que el Juez debe ponderar los intereses individuales y sociales en conflicto, teniendo particularmente en cuenta la gravedad del delito, el grado de importancia de la medida y la posibilidad de éxito de la misma, sin que la exigencia de motivación judicial se satisfaga con la observancia de la genérica obligación de motivación inherente a toda resolución, ni con cualquier forma de motivación que permitiera conocer la ratio decidendi de la resolución judicial (cfr. STC 207/1996). En cualquier caso, para que la intervención corporal en el imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional exige que la misma sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, que sea necesaria, esto es, que no existan otras medidas alternativas menos gravosas, y que aún siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga para tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes.” Atendido lo expuesto en el párrafo anterior, resulta obvio que en el presente supuesto no se observaron las garantías que debían haberse tenido en cuenta para la práctica de la diligencia, puesto que la realización de la misma se acordó, en fecha 16 Dic. 1996, mediante providencia que fue notificada a las partes, dictándose finalmente el auto de 19 Dic. 1996, de exigua fundamentación, que fue notificado al interesado el mismo día en que se procedió a la extracción de sangre. Sin embargo, más allá, la vulneración se produjo por cuanto no se había informado con anterioridad de los hechos imputados y de los derechos inherentes a toda imputación, y a la posibilidad de negarse a la práctica de la prueba, que si bien finalmente hubiera podido llevar a una realización jurídicamente coaccionada bajo apercibimiento de comisión de delito de desobediencia en caso de negativa, hubiera debido practicarse, en aquel caso, incluso con más garantías que las inherentes a la práctica voluntaria, ya de por sí, cuantiosas. A tal efecto, no puede aducirse que el ya formalmente imputado, en su primera declaración, obrante a los folios 258 y 259 del sumario, afirmase su sometimiento voluntario a la prueba, puesto que aquel consentimiento se hallaba viciado por falta de información que conduce a la indefensión”.

Nos encontramos, una vez más, en la necesaria extrapolación de lo que ocurre en un caso concreto a lo que debe ocurrir si estamos ante una base de datos, con la intención además de intentar exponer los requisitos que una ley sobre la materia debe



guardar si pretendemos que sea refrendada por el Tribunal Constitucional y aplicable por nuestros Tribunales.

Si para un caso concreto, se debe exigir para la realización de la prueba la condición de imputado, con mayor razón tal condición deberá ser premisa si pretendemos cotejar el análisis de la persona con los análisis de los vestigios que se encuentren en una base de datos.

La base de datos estadounidense no admite análisis de sospechosos situación distinta a la del Reino Unido donde si el imputado se negase a la práctica de la prueba, el Fiscal o los funcionarios de la Policía Judicial podrán solicitar autorización para la toma de la muestra, e inclusión en la base de datos, de la misma forma que la establecida en el supuesto de la negativa de los condenados.

Creemos que en caso de que el imputado fuese absuelto, el asunto fuese sobreseído antes de llegar a juicio, o el imputado fuese condenado por otro delito distinto de los enumerados, no podrá introducirse el resultado en la base de datos. Sólo en el caso de que el imputado sea condenado por el delito para el que se tomó su muestra pasará a conformar la base de datos de modo definitivo. No debemos dejar de recalcar que en esta materia tiene especial trascendencia el consentimiento informado e incluso la oposición informada, es decir consienta o se realice la prueba contra su voluntad se deberá informar al imputado o condenado de los fines para los que se utilizará el análisis, su inclusión en la base de datos.

c) Inclusión de personas que voluntariamente quisieran formar parte de la base de datos con fines de investigación penal.

Podría parecer plausible dicha posibilidad y así lo han considerado distintos ordenamientos e incluso la Recomendación del Consejo de Europa lo contempla en su recomendación octava.

Hay que tener en cuenta que en un caso concreto un individuo sí puede solicitar que su perfil se coteje con los vestigios que conformen el archivo para comprobar si ha intervenido en algún hecho delictivo no esclarecido. Ello no implicaría que pasase a conformar parte de la base de datos y la muestra utilizada, una vez comprobada dicha “no intervención” debería ser destruida. Pero pasar a formar parte de una base de datos por propia voluntad sin estar implicado en ningún procedimiento consideramos que conlleva más inconvenientes que beneficios. En primer lugar un evidente coste

económico y de gestión si pensamos en una participación masiva de voluntarios que no tuviesen nada que ver con un procedimiento judicial. El económico no es un tema menor. Pensemos que existe una base de datos de desaparecidos, con mayor o menor acierto configurada como posteriormente estudiaremos, pero que para poder ser conformada ha sido y es sufragada por entidades privadas pese a que el organismo responsable de la misma es la Guardia Civil y el interés de hallazgo de personas desaparecidas excede evidentemente del meramente particular de los familiares, por lo que el coste debería ser asumido por el Estado. Si por el contrario aceptamos la posibilidad de que el análisis de un individuo conforme de modo voluntario y permanente dicha base, tenemos que partir de la premisa de que dicho perfil se asemeja al de sus familiares y por tanto está proporcionando información, aún cuando sea meramente identificativa de sus consanguíneos que en absoluto deseaban en el legítimo ejercicio de su autodeterminación informativa formar parte de dicho archivo. Además hay que tener en cuenta que se quebranta el consentimiento informado, en el caso de los familiares pueden no tener conocimiento de esa supuesta colaboración voluntaria del familiar y por tanto no tener conocimiento de que un perfil semejante al suyo forma parte de un archivo de ADN con fines de investigación criminal.

d) Víctimas:

Podría ser interesante llevar a cabo un archivo del perfil de ADN de las víctimas por posibles hallazgos de su propio perfil en el entorno de un posible sospechoso, perfil que puede no encontrarse en la investigación del mismo delito que se cometió contra aquella. En este caso, deberá llevarse a cabo una solicitud a la misma, si la víctima es una persona viva y si no tenemos vestigios de la escena del delito. En el caso poco probable de oponerse, se le informará de que además de perjudicado tiene la condición de testigo con las consecuencias que ello conlleva, pero nos parece desproporcionado someterla forzosamente a la práctica de la prueba si no fuese su voluntad tanto en un caso concreto como en el supuesto de su posible introducción en un archivo. En el caso concreto además puede ser necesario en el caso de muestras con mezcla de ADN (pensemos por ejemplo en manchas de sangre que pueden tener mezcla de autor y víctima).

En caso de llegar a conformar un índice de víctimas de los delitos enumerados, desde luego no se podrá utilizar para a su vez averiguar si pueden estar implicadas en la comisión de algún hecho delictivo sino únicamente para esclarecer el delito en el que se vieron involucradas como perjudicadas.

e) Toma de muestras de ADN de terceros

Planteamos ahora la posibilidad de llevar acabo la prueba de ADN sobre terceros que no sean víctimas. Hay a su vez dos posibilidades.

a) familiar del imputado.

El imputado puede encontrarse en rebeldía y existir una serie de indicios que le incriminan sin poder cotejarlos por no encontrarse dicho imputado. En este supuesto se puede solicitar de un familiar consanguíneo la práctica de la prueba del ADN. Sin embargo en la solicitud podría plantearse la advertencia de que por tratarse de un ascendiente, descendiente o hermano no tienen obligación de declarar: así lo establece el artículo 416 de la LEcrim, están exentos de la obligación de declarar, “...Los parientes del procesado en línea directa ascendiente y descendiente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el artículo 261.3.(hijos y padres “naturales”)”. Este familiar ha de ser informado de que el ordenamiento le confiere la facultad de rechazar esta intervención corporal.

b) Otra posibilidad es la utilidad de la práctica de prueba de ADN en un tercero que no tenga relación de consanguinidad ni con la víctima ni con el imputado. Hay supuestos sobre todo en el caso de que de una muestra se deduzca una posible mezcla de perfiles de ADN que podría ser del imputado y de este tercero. Pensemos en el supuesto en el que en una violación, la víctima afirma haber mantenido relaciones sexuales voluntarias con carácter previo a la agresión, con un tercero perfectamente identificado y se ha tomado una muestra de la vagina de esperma que bien pudiera ser por tanto tercero identificado. En caso de negativa estaríamos, de mediar una resolución judicial debidamente motivada, ante un posible delito de desobediencia a la Autoridad. Creemos que en ningún caso podría ser sometido este tercero a la fuerza en su carácter de “testigo” sino que su conducta conllevaría unas consecuencias negativas para el

mismo.

En ninguno de los dos casos anteriormente expuestos sin embargo consideramos que los análisis puedan ser incluidos en un archivo con fines de investigación penal y las muestras y análisis deberán ser destruidos una vez recaiga resolución firme en el asunto que dio origen a la toma.

El art. 363.11 LECrim. así como la Disposición adicional tercera de la LO 10/2007. son claros al señalar que la resolución judicial que ordena la obtención de la muestra biológica tienen como sujeto pasivo el sospechoso, detenido o imputado. El legislador ha optado, pues, por limitar subjetivamente el ámbito de destinatarios de la obligación de sometimiento a la pericia genética, en aplicación del principio de proporcionalidad. De este modo, siempre que sea necesario obtener material biológico de terceros en el seno de un proceso penal para proceder a un cotejo de perfiles de ADN, éstos no estarán obligados a su entrega, pues el órgano judicial no está legitimado para obligar a ello, sin perjuicio, claro está, de que la víctima que se niega a la entrega de la muestra tendrá que asumir que su falta de colaboración con la Justicia pueda dar lugar al sobreseimiento de la causa o, en su caso, a la absolución del acusado por falta de pruebas, suficientes.

Es una cuestión controvertida, existiendo un sector de la doctrina que entiende que la autoridad judicial puede acordar que la víctima (u otro sujeto) sea sometida de manera obligatoria a una prueba de ADN dado el deber de todos los ciudadanos de colaborar con la justicia (cfr. art. 118 CE). Así, habría que tener en cuenta que en análisis de muestras biológicas indubitadas procedentes de la víctima o de un tercero no tiene por qué ir encaminada únicamente a conseguir una prueba de cargo a fin de lograr una condena de un culpable, sino también, en ocasiones, a proporcionar una prueba de descargo que evite la condena de un inocente. Cuando exista una negativa de esa persona, el acusado puede verse indefenso al no poder aportar una prueba que pueda demostrar su inocencia, lo cual podría afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), viéndose así enfrentados derechos fundamentales de sujetos diferentes.

Entre las razones que se exponen a favor de la obligatoriedad de la prueba de ADN para sujetos distintos de los sospechosos e imputados, se cita la existencia de base legal en el art. 778 LECrim (en el procedimiento abreviado), que no limita la toma de

muestras subjetivamente (a diferencia de lo dispuesto en el art. 363.11 LECrim para el procedimiento ordinario). Así, se afirma que el hecho de que el art. 363 no diga nada de la víctima, no permite concluir necesariamente que la excluya en todo caso. Sin embargo, la Disposición adicional tercera de la LO 10/2007 exigiría interpretar restrictivamente el mencionado art. 778 LECrim, pues se trata de una disposición posterior (con rango de LO) que debe ser respetada tanto en el ámbito del procedimiento ordinario como del abreviado.

Respecto a la reforma de la LECrim de 2015 haremos referencia a ella en el apartado T) de este capítulo.

#### D) LA COMISIÓN NACIONAL SOBRE EL USO FORENSE DEL ADN

Para asegurar que estos actos de investigación se realicen de acuerdo con los estándares apropiados y con garantías de habilidad, se encomendó al Gobierno -a los Ministerios de Justicia y de Interior-, y ésta es la tercera novedad legal introducida, el desarrollo por RD de la estructura, composición y organización y funcionamiento de la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN la cual se adscribe orgánicamente al Ministerio de Justicia, dependiente de la Secretaría de Estado de Justicia.

A esta Comisión se asignan importantes funciones de acreditación y coordinación de laboratorios para realizar estas pruebas, elaboración de protocolos, condiciones de seguridad en la custodia de las muestras, confidencialidad, etc. En realidad, todas estas materias se han dejado completamente abiertas, en manos del Gobierno. No obstante, esta tarea es de la máxima importancia, pues, aunque las asociaciones científicas y profesionales del sector han realizado ya tareas muy importantes sobre criterios de homologación y elaboración de estándares, protocolos etc., dada la trascendencia procesal que puede tener era necesario un respaldo normativo e institucional. En realidad se encomienda al Gobierno que por RD cree la citada Comisión y establezca los demás aspectos organizativos y funcionales, pues será ella la que generará los criterios materiales de actuación, a lo que ya ha dado cumplimiento. Se trata del RD 1977/2008. de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN El RD desarrolla y detalla las funciones de la Comisión, algunas de las cuales han sido ampliadas por la Ley sobre base de datos policial. LO 10/2007, añade la función específica de acreditación de todos aquellos laboratorios que realicen análisis de ADN y aporten

perfiles genéticos a la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN. Es decir que sólo podrían efectuar análisis de ADN para la identificación genética en los casos contemplados en esa ley los laboratorios acreditados para ello por la Comisión Nacional para el uso forense del ADN que superen los controles periódicos de calidad a que deban someterse.<sup>166</sup>

Las funciones principales atribuidas a la Comisión Nacional son las siguientes:

a) La acreditación de los laboratorios que estén facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres o averiguación de personas desaparecidas; así como evaluar su cumplimiento y establecer los controles oficiales de calidad a los que deban someterse de forma periódica los mencionados laboratorios. No se acreditarán laboratorios que no cuenten previamente con la certificación de calidad otorgada por la entidad de acreditación correspondiente. A tal fin, la Comisión nacional para el uso forense del ADN establecerá, de acuerdo con los criterios que se propongan por la Comisión técnica permanente, los estándares científicos, los sistemas de acreditación y los controles oficiales de calidad a los que deberán someterse los laboratorios que realicen análisis de ADN, en atención a las especialidades que efectivamente vayan a realizar, y aporten perfiles genéticos a la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

b) El establecimiento de criterios de coordinación entre los laboratorios a que se refiere a la letra anterior, así como el estudio de todos aquellos aspectos científicos y técnicos, organizativos, éticos y legales que garanticen el buen funcionamiento de los laboratorios que integran la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. como base de datos nacional de perfiles de ADN.

c) La elaboración y aprobación de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, incluida la determinación de los marcadores homogéneos sobre los que los laboratorios acreditados han de realizar los análisis.

d) La determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos, de conformidad con lo

---

166. Ver art 5.2.

establecido en las leyes.

e) El mantenimiento de relaciones de colaboración con los organismos de otros Estados responsables del análisis del ADN con fines de investigación y persecución de delitos y la identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas.

f) La formulación de las propuestas, a los Ministerios de Justicia y del Interior, que se estimen necesarias para la eficacia de la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres.

g) La propuesta de Convenios con otras entidades para favorecer la realización de procedimientos de acreditación, así como de colaboración con laboratorios no incluidos en la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

h) La elaboración de una memoria anual, para su remisión a los Ministerios de Justicia y del Interior.

i) La aprobación de las normas y procedimientos internos de actuación para el ejercicio de las funciones encomendadas en este real decreto.

Se encomiendan entonces a esta Comisión algunas funciones de carácter no sólo estrictamente técnico, como es adoptar las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos, eso sí. de conformidad con lo establecido en las leyes.

## **E) TIEMPO DE CONSERVACIÓN DE LAS MUESTRAS Y DE LOS RESULTADOS DE LOS ANÁLISIS**

Como exponíamos con anterioridad tres son los elementos objetivos fundamentales susceptibles de conllevar información genética. Por un lado los vestigios encontrados en relación a la comisión del delito, por otro las muestras extraídas de dichos vestigios para su análisis, y por último el perfil resultante de dicho análisis. La cuestión ahora es el tiempo que debemos conservar dichas muestras, los vestigios y la información.

Distintos son los criterios adoptados en distintas legislaciones. Así en el caso de los datos relativos a personas determinadas, doctrinal y legalmente nos encontramos con: archivos por tiempo indefinido, mientras viva la persona, mientras esté cumpliendo condena, mientras el delito no prescriba, en función de la edad de la persona o durante

un plazo objetivo.

En lo relativo a los análisis procedentes de los vestigios también podemos adoptar distintos criterios: durante un plazo prefijado, hasta que no prescriba el delito que dio lugar a su recogida, o mientras no se resuelva al caso (lo cual puede dar lugar a una permanencia indefinida). La legislación al efecto a nivel internacional es heterogénea. En general los ordenamientos jurídicos europeos establecen un tiempo tras el cual se eliminan las muestras y los resultados. Este período suele ser un tiempo determinado. En otros casos no se prevé su eliminación por el transcurso del tiempo.

La Recomendación nº 92 1 del Consejo de Europa en su art. 8 establece que en caso del almacenamiento de los análisis del ADN deberán definirse estrictos períodos de conservación. Parece por tanto dicha recomendación dejar libertad a los ordenamientos para establecer los criterios temporales si bien se muestra contraria a la permanencia indefinida de dichos datos.

#### a) Tiempo de permanencia de los vestigios y de las muestras

La prescripción es una institución conforme a la cual el Estado considera que transcurrido un tiempo, desde la comisión del delito, o incluso desde la condena, cesa el interés de la sociedad en su persecución, por lo que, transcurrido este tiempo, no podrá castigarse el delito cometido, aún cuando se averiguase el autor, tiempo que será superior cuanto más grave sea el delito cometido o la condena establecida.

Es por tanto lógico establecer la eliminación de los análisis de los vestigios una vez prescriba el delito cuya investigación dio origen a la recogida, o la práctica del análisis, es decir, una vez transcurra el tiempo durante el cual, de aparecer el autor del delito se pueda proceder contra el mismo<sup>167</sup>.

---

<sup>167</sup> El art. 131 del Código Penal establece: “Los delitos prescriben:

A los veinte años cuando la pena máxima señalada el delito sea prisión de quince o más años.

A los quince cuando la pena máxima señalada por la Ley sea la inhabilitación por más de diez años o prisión por más de diez y menos de quince años.

A los diez cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de seis años y menos de diez, o prisión por más de cinco y menos de diez años.

A los cinco los restantes delitos graves.

A los tres, los delitos menos graves.

Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año.

2. Las faltas prescriben a los seis meses.

3. Cuando la pena señalada por la Ley fuera compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.



Es decir, si transcurrido desde la comisión del delito este plazo se averiguase la identidad del autor o se localizase al mismo no se podría proceder contra él si el procedimiento judicial no se hubiese iniciado o si hubiese estado durante estos plazos paralizado. Es por ello que no tiene sentido que la base de datos este conformada por análisis de vestigios que proceden de delitos que hubiesen prescrito. De este modo en el procedimiento en el que se hayan obtenido los vestigios que una vez analizados se incluyeron en la base de datos cuando se archivase el procedimiento por prescripción habría que acordar simultáneamente y una vez firme dicha resolución la supresión de dicho análisis de la base de datos.

No obstante lo anterior, si este análisis hubiese a su vez coincidido con el análisis de otro vestigio en la base de datos es decir que existen indicios por ello, de que el mismo autor cometió delitos distintos en distintos lugares dejando vestigios podrán no eliminarse pese a la prescripción de uno de ellos y hasta que prescribiese el delito que dio lugar a la última recogida, pues podríamos estar ante una continuidad delictiva o en cualquier caso los datos que tuviéramos en un procedimiento podría ayudar a esclarecer el resto en caso de delitos en serie.

Por otra parte los vestigios materiales no conectados a una base de datos sino tomados por un caso concreto podrán ser eliminados igualmente previa autorización judicial cuando hubiese prescrito el delito y por tanto no hubiese recaído sentencia condenatoria. Del mismo modo deberá eliminarse por el laboratorio transcurrido este tiempo el resultado obtenido el perfil hallado y la muestra extraída del vestigio pues ya no tienen ninguna finalidad.

En caso de no comunicarse por el Juez la posible eliminación se solicitará la autorización. Deberían ser los Juzgados sin embargo teniendo un mayor conocimiento de los plazos de prescripción los que acordasen de oficio tal destrucción. Otra posibilidad en el caso de los vestigios es que correspondan a supuestos en los que haya habido condena, esté o no conectada a la prueba biológica, derive o no dicha condena del vestigio que se conserva. En este caso el planteamiento debe ser diferente. Se ha planteado dada la acumulación de vestigios y muestras en los laboratorios que estos podrían destruirse una vez fuera firme la sentencia recaída en la investigación del delito

---

4. El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso.”

que dio lugar a la recogida. No estamos de acuerdo con dicha posibilidad en base a lo establecido en el recurso de revisión en el artículo 954 de la Lecrim que establece posibilidades excepcionales de recursos de sentencia firme y una de ellas es “4º. Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado”.

A este respecto cabe apuntar que la evolución en las técnicas del análisis del ADN es espectacular y que vestigios cuyo análisis no pudo practicarse en un momento determinado puede llevarse a cabo años después.

No estamos pensando en vestigios cuyo análisis está perfectamente realizado sino vestigios que no han podido ser analizados pero forman parte de los vestigios materiales recogidos en la investigación del caso, ésto aún cuando la causa tenga sentencia firme basada en otras pruebas. Pensemos en supuestos donde se han llevado a cabo sentencias condenatorias en base a una serie de pruebas e incluso que existiendo vestigios orgánicos su análisis aun cuando fuera muy deteriorado daba datos compatibles con el perfil del sospechoso que resulta entonces condenado. Sin embargo la mejora de la técnica ha permitido un análisis más completo a partir de las mismas muestras y determinar que no correspondía a la persona condenada.

En este caso habría que estar a la prescripción de la pena pero podría plantearse la opción de conservar incluso la muestra si el condenado así lo solicita y eliminando una vez transcurrido el plazo que se establezca el resultado de la base de datos, pero no la destrucción de la muestra. Hay que pensar que en estos supuestos lo que realmente se conservará es la muestra extraída del vestigio. Pues en muchos casos el soporte material del vestigio tendrá que ser devuelto al procedimiento como pieza de convicción (por ejemplo un cuchillo) con la correspondiente manipulación.

Sería lo deseable que el contraanálisis para que gozase de toda su virtualidad se llevase a cabo de ser posible desde la extracción de la muestra del vestigio, pero es posible que por distintos motivos de contaminación y deterioro sólo puede llevarse a cabo a partir de la muestra base.

b) Tiempo de permanencia de los análisis procedentes de personas determinadas

En lo referente al tiempo de permanencia del análisis de las personas condenadas y cuyo perfil se encuentra incluido en la base de datos creemos que para proceder a la eliminación debe haber extinguido su responsabilidad penal pero además consideramos oportuno que transcurra un período de tiempo a mayores de un modo similar a lo establecido con la cancelación de los antecedentes penales.

Establece el artículo 136, una serie de requisitos para la cancelación de dichos antecedentes, momento a partir del cual no podrá tenerse en cuenta la comisión de delitos anteriores para la aplicación de la agravante de reincidencia.

Estos plazos son:

“Haber transcurrido sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves.

Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquél en que quedara extinguida la pena, incluido el supuesto de que sea revocada la condena condicional”.

Es decir los plazos establecen un margen a partir de los años de cumplimiento de la pena, de modo que el condenado formaría parte de la base de datos durante el tiempo de la condena y además este margen que la ley establece. Transcurridos éstos, bien a instancia del interesado, del Ministerio Fiscal o de oficio se podría cancelar esta entrada de su perfil en la base de datos. Todo ello sin perjuicio de ulteriores condenas, que iniciarían lógicamente el cómputo del plazo.

Una tercera posibilidad es que el condenado bien por desaparición posterior al juicio o por cualquier otra de las circunstancias posibles, no cumpliera la pena. En este supuesto habría que considerar como plazo el de prescripción de la pena establecido ahora en el artículo 133 del Código Penal que se computará desde la fecha de la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiese comenzado a cumplirse, y los plazos en este caso son:

“Veinticinco años las de prisión de quince o más años, a los veinte las de inhabilitación por mas de diez años y las de prisión por más de diez y menos de quince. A los quince, las de inhabilitación por más de seis y menos de diez años y las de prisión por más de cinco y menos de diez años.

A los diez, las restantes penas graves. A los cinco las penas menos graves. Al año las

penas leves.

2. Las penas impuestas por delito de genocidio no prescribirán en ningún caso”.

Desde luego y pese a las dificultades materiales que pueda llevar el sistema anterior lo consideramos más ajustado a Derecho que condicionar al transcurso de un tiempo objetivo desvinculado del cumplimiento o no de la pena y de la gravedad del propio delito cometido. Otra posibilidad utilizada por las distintas legislaciones europeas es la supresión de los perfiles correspondientes a personas cuando hubiesen fallecido. El artículo 132 párrafo primero establece: “La responsabilidad criminal se extingue por la muerte del reo”. Es evidente que una vez fallecido no se procede a su condena por lo cual no tiene ningún sentido su permanencia en la base de datos. Sin embargo y antes de su eliminación procedería un cotejo con el archivo de los perfiles de vestigios pues aunque no procedería declarar la responsabilidad criminal si coincidiese con un vestigio de un delito no esclarecido podría plantearse el Juez Instructor cesar en la investigación y sobreseer la causa.

En el caso de análisis no incluibles en la base de datos pero realizados en el marco de un procedimiento penal, los vestigios deberán ser destruidos una vez prescriba el delito o la pena, para de este modo evitar con la mera guarda de una serie de datos ir configurando un archivo que en cualquier caso no podrá ser sometido a tratamiento automatizado de datos pues no será susceptible de ser incluido en la base de datos de ADN con fines de investigación penal. Igualmente deberá procederse a la destrucción de muestras y vestigios una vez prescrito el delito sin perjuicio de su real esclarecimiento. Esta destrucción debe ser acordada por el Juez una vez declare la prescripción o el archivo de la causa del mismo modo que se acuerda la destrucción de las piezas de convicción, sin perjuicio de que pueda el laboratorio si transcurrido el tiempo previsible para aquella declaración no se produce, solicitar del Juez autorización para la destrucción, quien sólo la autorizará en caso de estar ante los presupuestos antes expuestos.

## F) BASES DE DATOS EN GENERAL

Por lo que se refiere a los problemas que pueden plantearse en relación con estas

colecciones o con los bancos en los que son almacenados y conservados materiales biológicos de origen humano, debe recordarse la diversa composición del ADN y la utilidad diferente que puede comportar cada una de ellas. Los bancos de muestras biológicas con fines de investigación criminal, así como los relativos a desaparecidos, sólo requieren el estudio de la parte no codificante del ADN de la cual también puede extraerse información personal del individuo del que proceden las muestras, si bien con alcance más limitado (sexo, etnia, filiación, etc., sin excluir otro tipo de información que pueda obtenerse con nuevas técnicas todavía por descubrir). Por el contrario, los estudios poblacionales y la investigación biomédica sí requieren el análisis de la parte codificante del ADN (los genes), por lo que la información que potencialmente puede extraerse es mucho más significativa, al referirse a la salud del paciente (presente o futura, en los términos de precisión diversa señalados más arriba).

Los especialistas en Genética forense no excluyen que en el futuro también en esta zona codificante puedan hallarse elementos útiles para la identificación de las personas, por lo que suelen expresar sus reservas sobre la pertinencia de establecer una separación tajante a estos efectos entre una clase y otra del ADN, habiéndose propuesto que tal vez fuera más conveniente considerar dar preferencia, entre los diversos procedimientos de estudios del ADN posibles en el caso concreto, a aquél que resulte menos lesivo para salvaguardar la intimidad. En cualquier caso, no debe olvidarse que sin perjuicio de la pertinencia de esta observación, que compartimos como punto de partida, pues se atiene al espíritu del principio de proporcionalidad, cualquier parte del ADN que pueda aportar información del individuo en cuestión está sometida -y desde luego, la información obtenida en sí misma- al régimen de la protección de datos de carácter personal, sin detrimento de las excepciones o singularidades que se deriven de los fines específicos de investigación policial, en particular la dirigida al esclarecimiento de los delitos y de sus presuntos autores.

Por otro lado, la distinción entre ADN codificante<sup>168</sup> y no codificante como límite para el acceso al ADN en relación con la investigación forense presenta la ventaja

---

168. Por región codificante del genoma entendemos, aquella región que se transcribe generando un ARN mensajero que, a su vez, se traduce como proteína, siendo su proporción muy pequeña en el total del genoma humano (en torno al 2%). Por el contrario el ADN no codificante es mucho más abundante y posee mayor variabilidad dado que las mutaciones que a lo largo de la evolución se han producido en estas regiones no han sufrido una presión selectiva tan importante como aquellas que han tenido lugar en las regiones codificantes.

de que es un criterio más objetivable que dejar al criterio subjetivo individual decidir qué información será más apta para los fines forenses de identificación, salvo que se pudieran fijar pautas generales de actuación establecidas por las sociedades científicas del sector. La disponibilidad de material tan precioso como auxilio de una investigación criminal en curso constituye una gran tentación para acudir a ella, si no se ha procedido a su anonimización previamente, y podría pretenderse el acceso a muestras recogidas, por ejemplo, bien en un biobanco para investigación biomédica, agrupadas en una colección para un estudio científico concreto o. simplemente, depositadas en servicios hospitalarios de diagnóstico (así en hematología, cirugía, anatomopatología, etc.). Como se vio en otro lugar, algo semejante ha ocurrido y ha dado lugar a un pronunciamiento del TC, en el que considera lesionada la intimidad de una persona de la que se obtuvo una muestra de sangre con su consentimiento con fines diagnósticos en un centro sanitario y la misma fue requerida después por agentes de los cuerpos y fuerzas de la seguridad del Estado, procediendo a su análisis (en este caso, concentración de sangre en alcohol) sin haber contado con la autorización judicial para ninguno de los dos actos, ni, por supuesto, con el conocimiento y consentimiento del interesado.

Se intenta salvaguardar la intimidad del individuo mediante el análisis de marcadores genéticos no codificantes que no aporten otra información que no sea meramente identificativa, pero esto no es del todo así porque si a partir de secuencias de ADN no codificantes podemos determinar el sexo de una persona; la amelogenina es un marcador localizado en una región homóloga de los cromosomas sexuales. Existe una diferencia de 6 pares de bases entre el tamaño del alelo presente en el cromosoma X y el tamaño del alelo presente en el cromosoma Y, que se debe a una pequeña delección en un intrón- región no codificante- del gen de la amelogenina en el cromosoma X. En determinadas ocasiones puede resultar adecuado recurrir al análisis de regiones codificantes, en aquellos casos donde la muestra sea tan escasa o se encuentre tan degradada que no resulte posible realizar análisis convencionales de ADN nuclear, es posible recurrir al ADN mitocondrial. Una desventaja del ADN mitocondrial es su menor variabilidad y en ocasiones el análisis de la región no codificante de ésta molécula no permite la adecuada resolución de un caso concreto de identificación. En estas circunstancias sería posible analizar más regiones de dicha molécula de ADN

mitocondrial, lo que incluiría a regiones codificantes, que podrían posibilitar la correcta resolución del caso concreto de identificación.

El uso de marcadores codificantes ha sido una práctica rutinaria en los laboratorios de Genética Forense. Con anterioridad a la introducción de los análisis de ADN lo que se analizaban eran proteínas plasmáticas y enzimas eritrocitarias, es decir, productos de expresión de regiones codificantes de ADN, inclusive hace no mucho tiempo en el laboratorio de ADN del Instituto de Medicina Legal de Santiago de Compostela, de Snps ( single nucleotide polymorphism, polimorfismos de un único nucleótido) para determinar el origen étnico- geográfico de una muestra biológica relacionada con el atentado del 11 M.

#### G) ARCHIVOS DE ADN PARA LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL

Una de las cuestiones más polémicas en relación con las pruebas de ADN al servicio de la Administración de Justicia en el ámbito penal se refiere a la creación de bancos de datos con la información resultante de los análisis realizados de los perfiles de ADN a las personas que han sido *procesadas o se encuentran en otras situaciones procesales*. En estos ficheros pueden incluirse asimismo los perfiles de ADN de vestigios biológicos hallados en el escenario del crimen (muestras dubitadas), por tanto pertenecientes a personas desconocidas y, en ocasiones, hasta los de las propias víctimas, con su consentimiento en tal caso.

El hallazgo de vestigios biológicos relacionados con un nuevo delito permitiría cruzar los identificadores obtenidos del ADN de aquéllos con los identificadores archivados en la referida base de datos a partir de muestras indubitadas (sin perjuicio de que en dicha base puedan existir otros perfiles distintos de éstos últimos), lo que teóricamente podría arrojar luz sobre la identidad del autor, de hallarse su perfil recogido en esa base de datos, o vincularlo con el de algún vestigio de un delito anterior, lo que podría ser indicio sobre la autoría común sobre esos hechos. Se trata, en consecuencia, de la creación de ficheros permanentes con información estable, que van más allá de los archivos que puedan crearse o ampliarse con la información que se vaya acopiando en el curso de una investigación policial concreta. Existen bases de datos de perfiles de ADN que alcanzan, además de los vinculados con investigaciones

criminales, a restos cadavéricos o guardan relación con personas desaparecidas.

#### H) REGISTROS DE DESAPARECIDOS

Los ficheros de perfiles de ADN pueden crearse con fines distintos al expuesto sobre investigación criminal, como son los de identificación relativos a personas desaparecidas o restos cadavéricos como consecuencia de catástrofes naturales, accidentes y otros sucesos semejantes, o profesionales de riesgo de desaparición o difícil identificación en caso de muerte.

En el primer supuesto, el punto de partida es el hallazgo de vestigios que habrá que comparar con los identificadores posibles familiares, por ejemplo, si éstos voluntariamente han accedido a que se les realice su perfil de ADN y que se incorpore al fichero correspondiente para poder cruzarlos con los correspondientes perfiles de los primeros. Este tipo de ficheros suele ser gestionado por los cuerpos y fuerzas de seguridad. En España el fichero INT Fénix, a cargo de la Guardia Civil.

Un caso especial fue la creación del Banco Nacional de Datos genéticos de Argentina por la Ley 23511 y el Decreto 700/1989 ( BO de 4 de julio de 1989) de desarrollo, por medio del cual se ha pretendido facilitar la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación (art. 1º), y aunque se quiso contribuir al loable esclarecimiento de los casos de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio durante el período de la dictadura (art. 3º), también parece extenderse a procesos civiles normales de filiación {art. 4º), lo que sería excesivo. Dada la fecha de su promulgación (y por ello puede considerarse pionera), no contempla la obtención y utilización de perfiles del ADN, sino de componentes de la sangre, aunque se deja abierto a otros estudios (art. 6). por consiguiente, también aquéllos.

También pueden constituirse bases de datos a partir de los perfiles de ADN con fines de identificación, no ya de personas realmente desaparecidas, sino de aquéllas que por su profesión o actividad presentan un mayor riesgo de fallecimiento y/o desaparición en circunstancias excepcionales o difíciles (p. ej., los miembros de las fuerzas armadas, como en concreto se viene haciendo en los EE.UU. con sus soldados). Disponer preventivamente de una muestra biológica archivada y del correspondiente perfil de estas personas sería de gran ayuda para proceder a su identificación, para el caso de que la hipótesis prevenida llegara a producirse. En estos supuestos suele ser



obligatoria la entrega de la muestra biológica, pero tampoco suele ofrecer motivos de rechazo para los sujetos afectados, dados los fines que se persiguen, en principio directamente beneficiosos para ellos mismos para sus allegados. Sea como fuere, los principios y reglas de la protección de datos resultan aplicables aquí con el mismo rigor que en relación a otras bases de datos de carácter personal.

## I) LOS BANCOS DE DATOS GENÉTICOS POBLACIONALES

Las potencialidades tan diversas e importantes que ofrecen los datos genéticos, tanto en el ámbito sanitario como en el de la investigación sanitaria o, incluso, en medios completamente ajenos a la salud, han dado lugar a que en algunos países se haya aprobado la creación de archivos de salud de los ciudadanos en los que se recogerían datos genéticos de los mismos.

Por el momento estas bases de datos de salud o genéticos se han creado únicamente en países con una población reducida y más o menos homogénea, por ejemplo Islandia ( Ley 139/1998 sobre base de datos en el sector de la Salud) por ser más practicable, sin perjuicio de que en algún país con una población cuantitativamente muy superior se han dado pasos para su creación (p. ej., el Reino Unido, en este caso, sin sustento normativo).

Estas bases son diferentes de las bases de datos biogenéticas. en las que los propios investigadores almacenan la información genética que van obteniendo y la ofrecen a la comunidad científica (por lo general, a través de internet, a cambio de una contraprestación económica) como instrumento para el desarrollo de sus propias investigaciones.

Ni los objetivos ni los procedimientos de recogida y uso de los datos en relación con los derechos de los ciudadanos que pudieran verse afectados son uniformes, como tampoco parece serlo la posible afectación a la libertad de investigación. En efecto, en el caso de Islandia se trata de una base de datos en la que se prevé incluir datos de salud y, dentro de éstos, datos genéticos; su propósito es primariamente crear una base centralizada de datos no identificables relativos a la salud de las personas, con el fin de incrementar el conocimiento para mejorar los tratamientos y los servicios de salud, lo que incluye actividades de investigación. La creación y manejo de la base de datos y el

procesamiento informático de los mismos se realiza por vía de concesión en exclusiva a una empresa privada (*De-CODE Genetics*, de origen islandés, pero instalada en los EE.UU.), siempre que esté ubicada en el país, la cual, lógicamente, podrá obtener beneficios económicos derivados de la explotación de la base de datos (p. ej., en relación con nuevos medicamentos o con la gestión sanitaria): respecto al consentimiento del interesado, se parte de la presunción de su existencia, sí bien el paciente puede oponerse a ser incluido en la base.

Sin embargo, no deja de presentar aspectos dudosos y objetables en relación con los derechos de los pacientes-ciudadanos, la consideración de que la información relativa a la salud es un recurso nacional; la aplicación de los mismos criterios y principios regulativos tanto cuando se trata de fines estrictamente relacionados con la salud como cuando son ajenos a éstos (p. ej., investigación con propósitos comerciales), como ocurre con la presunción de consentimiento por parte del paciente, que sólo suele admitirse en casos de grave urgencia; basar la protección de los datos en medidas de seguridad antes que en el propio control por parte del paciente (derecho a la autodeterminación informativa), lo que podría disminuir los efectos preventivos contra los abusos relacionados con el derecho a ser informado y a no serlo y a no ser discriminado; la confidencialidad y la inidentificabilidad de la titularidad de los datos no está plenamente garantizada.

La legislación de Estonia, de 2000, se ha esforzado por corregir algunos de estos inconvenientes, partiendo, por ejemplo, de la necesidad del consentimiento previo y expreso de los ciudadanos.

En resumen, sin desconocer la extraordinaria utilidad que pueden tener las bases de datos genéticos para mejorar la prevención y el tratamiento de algunas enfermedades, lo cierto es que ponen de relieve -al menos las que han sido creadas hasta el momento- su proclividad para ser utilizadas con fines ajenos a los intereses directos de los ciudadanos, el riesgo que comportan como fuente de información (por todo el proceso de obtención y procesamiento de información, incluso aunque los datos sean anonimizados de forma irreversible), la tendencia de subordinar la norma a la tecnología y no al revés, el peligro de quiebra de las relaciones tradicionales entre médico y paciente y sus derechos y deberes respectivos, así como que la generación de información genera al mismo tiempo una mayor demanda de la misma, incluso aunque

no se haya demostrado la necesidad real de su conocimiento.

## J) BIOBANCOS DE MUESTRAS BIOLÓGICAS PARA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA

Las investigaciones biomédicas actuales requieren cada vez con más frecuencia el uso de muestras biológicas, bien de los sujetos que participan en la experimentación, bien de otras personas ajenas a la misma. En todo caso, los resultados de los análisis y de las demás pruebas pueden ser de gran utilidad para el progreso de las investigaciones en determinadas áreas (p. ej., en farmacogenética y en genómica).

La disponibilidad de estas muestras es, por consiguiente, de la máxima importancia, pues permite realizar estudios clínicos, genéticos y analomopatológicos, entre otros. No obstante, pueden originarse problemas diversos, normalmente no previstos por las normativas que regulan la investigación y la experimentación con seres humanos o con materiales biológicos de origen humano. En realidad este tipo de estudios en cuanto tal no podría ser encuadrado como ensayo clínico, dado que no se ve involucrado directamente un ser humano, sino partes de su cuerpo ya separadas.

En efecto, las muestras biológicas de origen humano cuya utilización puede ser relevante son del más diverso origen, pero buena parte proviene de actos de atención asistencial ordinaria: desechos quirúrgicos y otros semejantes (p. ej. restos de muestras obtenidas para la realización de pruebas diagnósticas: extracción de sangre o de otros fluidos citologías Biopsias), producidos del parto (la placenta y, especialmente, el cordón umbilical), abortos y defunciones; donaciones de órganos y tejidos para trasplante y otros fines terapéuticos; donaciones de gametos o de embriones para su uso en técnicas de reproducción asistida; obtención de muestras para la creación de biobancos de poblaciones con fines de salud (en aquellos países en los que se han creado tales bancos). Finalmente, estos materiales pueden ser el resultado de donaciones con el propósito directo de que sean destinadas a la investigación, o bien de que se haya prestado el consentimiento para este propósito cuando provienen de alguna de las situaciones mencionadas anteriormente; ambos procedimientos se irán incrementando previsiblemente en el futuro.

La constante expansión de nuevas líneas de investigación viene planteando

también la oportunidad del recurso a muestras de esta naturaleza almacenadas con anterioridad por razones ajenas a cualquier futura investigación. Es precisamente esta posibilidad de destinarlas a un fin distinto del inicialmente previsto el que puede presentar mayores interrogantes éticos y jurídicos.

Por biobanco a los efectos de la ley 14/2007, puede entenderse el “...establecimiento que acoge una colección de muestras biológicas organizada como una unidad técnica con criterios de calidad, orden y destino...” En resumen, puede asumirse que los objetivos que persiguen los biobancos son, entre otros, los siguientes:

a) Promocionar la investigación científica de vanguardia en el sector de la Biomedicina. poniendo a disposición de la comunidad científica material biológico de origen humano.

b) Asegurar la disponibilidad de material biológico de calidad, adecuadamente clasificado, procesado y conservado para atender las demandas del investigador.

c) Prevenir el tráfico ilícito de materiales biológicos de origen humano, tomando como punto de partida su cesión de forma gratuita a los investigadores, sin perjuicio de repercutir los costes que origine su obtención, procesamiento, conservación y entrega. Por un lado, y garantizando su trazabilidad por otro.

d) Asumir los procedimientos relativos a los consentimientos de los sujetos fuente y a otros derechos de los que pudieran ser acreedores en relación con las muestras y sus datos personales, liberando de estas cargas al investigador.

La Ley de Investigación Biomédica también ha dedicado un conciso pero suficiente núcleo normativo dedicado al régimen que ha de observarse en relación con los biobancos y otras colecciones de muestras biológicas. Toma como punto de partida que los biobancos pueden ser tanto públicos como privados, que podrán estar destinados -los que regula la ley- a fines diagnósticos o de investigación, que no tendrán ánimo de lucro y que estarán sometidos al control de comités científicos y tic ética externos.

Por lo que se refiere al posible acceso a datos genéticos incluidos ni estos biobancos o, incluso, directamente a muestras biológicas identificadas o identificables, por ejemplo directamente por agentes de la Policía o miembros de la Guardia Civil, y el propio Juez si pensara en dictar una orden de entrega de muestras por parte de los responsables del biobanco, se enfrentarán a las prescripciones altamente restrictivas de la Ley 14/2007, como son:

e) La protección de la intimidad personal y el tratamiento confidencial de los datos personales que resulten de la investigación, de acuerdo con lo que establece la LOPD, la cual en este caso es también aplicable directamente.

f) Estas mismas garantías se aplicarán a las muestras biológicas que sean fuente de información de carácter personal.

g) La cesión de datos de carácter personal a terceros ajenos a la actuación médico-asistencial o a una investigación biomédica. Requerirá el consentimiento expreso y escrito del interesado.

h) En el supuesto de que los datos obtenidos del sujeto fuente pudieran revelar información de carácter personal de sus familiares, la cesión a terceros requerirá el consentimiento expreso y escrito de todos los interesados.

i) Se prohíbe la utilización de datos relativos a la salud de las personas con fines distintos a aquéllos para los que se prestó el consentimiento

Sobre el régimen más específico de los datos genéticos de carácter personal se indica que sólo podrán ser utilizados con fines epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia cuando el sujeto interesado haya prestado expresamente su consentimiento, o cuando dichos datos hayan sido previamente armonizados. Incluso, en los casos excepcionales que se mencionan, se requiere la autorización previa de la autoridad de protección de datos, esto es, de la Agencia Española de Protección de Datos, o las equivalentes autonómicas, allá donde existan. Por lo que se refiere a la cesión de muestras a terceros el marco legal es explícito: sólo con fines de investigación biomédica y bajo condiciones muy estrictas.

## **K) OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LAS BASES DE PERFILES DE ADN PARA INVESTIGACIÓN CRIMINAL**

La finalidad de estos ficheros sería exclusivamente informativa para los miembros de la policía judicial responsables de la investigación de los delitos, orientándoles mejor sobre la dirección correcta de sus pesquisas, pero no pretendería ningún propósito incriminatorio o probatorio en cuanto tal. Por otro lado, estas bases de datos, si se construyen exclusivamente a partir de los perfiles de ADN de sujetos

procesados con anterioridad, únicamente tendrían valor frente al delincuente reincidente, pero no frente al ocasional, pues sólo aquél figuraría con mayor probabilidad en esta clase de ficheros.

#### L) DERECHOS FUNDAMENTALES INVOLUCRADOS

En principio las consideraciones apuntadas más arriba en relación con los posibles derechos fundamentales que podrían verse involucrados con ocasión de la obtención de muestras biológicas de una persona sospechosa o imputada por un delito, así como de las posteriores prácticas de los análisis para la obtención de los identificadores de ADN son trasladables a estas bases de datos, dado que su objeto es - en parte- el mismo: los perfiles de ADN.

La mera inclusión nominal de una persona en un fichero que incorpore cualesquiera datos que le conciernan, nos sitúa ya en la esfera de la protección de los datos de carácter personal, pues por datos personales debemos entender, de acuerdo con el Derecho comunitario, *“...toda información sobre una persona física identificada o identificable; se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social...”*. La relevancia que se reconoce a la protección de los datos de carácter personal va más allá de ellos mismos, pues presentan una vertiente instrumental para asegurar la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad.

Por cierto, los datos de carácter personal recogidos en estas bases de datos serán, lógicamente, más abundantes que los derivados de la práctica de los análisis, pues se incluirán algunos datos relacionados con un proceso penal previo en el que fue juzgado el sujeto cuya información se va a incorporar a dicha base (en algunos sistemas jurídicos bastaría con haber sido objeto de una investigación por la policía relacionada con la comisión de un delito) y según se propondrá más abajo, constituyen el presupuesto de la inclusión en el archivo. No debe descartarse que pueda suscitarse la afeción de otros derechos, como el derecho a no ser discriminado.

Es evidente que el consentimiento del interesado está descartado por la propia

naturaleza del fichero: su inclusión en él se determina por medio de otros criterios fijados por la ley que son independientes de cuál sea la voluntad del sujeto al respecto.

Es el mandato legal, o dicho de otro modo, el conjunto de presupuestos de inclusión en la base que marca la Ley, el que ha de respaldar, por consiguiente, tal inclusión, haya sido o no consentida por el sujeto (principio de legalidad o de reserva de ley) y en particular las garantías que en relación con la misma prevea la norma aplicable. Pero por otro lado, y como consecuencia natural de los objetivos que se persiguen con la creación de estos archivos, los derechos de los sujetos en relación con sus propios datos (derivados del principio de autodeterminación informativa) se hallan aquí notablemente restringidos, y no podría ser de otra forma. De ahí también que se explique que el legislador español haya optado por una ley orgánica, en cuanto que se ven afectados algunos derechos fundamentales de los individuos.

#### LL) PRINCIPIOS REGULATIVOS DE LAS BASES DE DATOS DE PERFILES DE ADN

La creación de registros o ficheros de perfiles de ADN o de muestras de material biológico con el fin de luchar contra la criminalidad ha de estar supeditada a disponer de una norma legal (con rango de ley) específica que los ampare, al principio de intervención judicial y al de proporcionalidad.

Por otro lado, su constitución para incluir a la población en general (bases de perfiles de ADN universales, a las que se aludía más arriba) o para determinados grupos de ella (p. ej., sólo de varones; o para un grupo de población «sospechosa», en todo caso con carácter transitorio) vulneraría probablemente algunos derechos fundamentales y libertades públicas y sería fuente de abusos, por la dificultad que entrañaría el control sobre el contenido de esa clase de información archivada (pertinencia, exactitud. etc.)

Menos objeciones ha merecido la creación de bancos de perfiles de ADN de individuos condenados por delitos dolosos graves violentos (contra la vida y la integridad de las personas y contra la libertad sexual, estén conectados o no con otros delitos no violentos que tengan una estructura mixta en relación con otro bien jurídico de naturaleza distinta) con fines exclusivos de identificación en relación con posibles delitos futuros, puesto que en esta clase de delincuentes se aprecia una mayor tendencia a la reincidencia criminal, tendencia que en no pocas ocasiones responde a un trastorno

patológico grave de la personalidad (agresividad, labilidad, compulsión).

La creación de bancos de muestras de material biológico y de vestigios y de los datos sobre perfiles de ADN provenientes de las víctimas y de los presuntos autores de delitos no identificados (p. ej., a partir de vestigios encontrados en la escena del delito, muestra dubitada) no suscita recelos, pues aparte de su gran utilidad en ambos casos, en el segundo no se afectaría a la intimidad de ninguna persona en concreto hasta que no haya sido identificada. Tampoco es problemática la incorporación de unos y otros datos a otros archivos ya existentes con fines de investigación.

El Consejo de Europa recomienda en relación con la creación de estas bases de datos el aseguramiento de unas garantías, que sugieren ya cuáles son los aspectos sensibles relacionados con esta materia:”...Las muestras y otros tejidos corporales tomados de personas para análisis de ADN no deberán guardarse una vez dictada la resolución definitiva en el proceso para el que hayan sido utilizados, a menos que ello sea necesario con fines directamente relacionados con aquéllos para los que fueron recogidos. Deberán tomarse medidas que garanticen que los resultados del análisis de ADN y la información derivada del mismo se eliminen cuando ya no sea necesario guardarlos para los fines que fueron utilizados. No obstante, podrán conservarse los resultados del análisis de ADN y la información derivada del mismo cuando la persona interesada haya sido condenada por delito grave contra la vida, la integridad o la seguridad de las personas. En dichos casos, el Derecho nacional deberá definir estrictos períodos de almacenamiento. Las muestras y otros tejidos corporales y la información derivada de los mismos, podrán ser almacenados durante largos períodos de tiempo:

Cuando la persona interesada así lo solicite; o cuando la muestra no pueda atribuirse a una persona: por ejemplo, cuando se encuentre en el lugar del delito. Cuando se vea afectada la seguridad del Estado, el Derecho nacional del Estado miembro podrá permitir la conservación de las muestras, los resultados del análisis de ADN y la información derivada del mismo, incluso aunque la persona interesada no haya sido procesada o condenada por una infracción penal. En dichos casos, el Derecho nacional deberá definir estrictos períodos de almacenamiento. Se regulará por ley el establecimiento y utilización de cualquier archivo de ADN con fines de investigación y procesamiento por infracciones penales...”<sup>169</sup>.

---

169 Principio 8º de la recomendación núm R (92) I.



#### M) LEY ORGÁNICA 10/2007

Un de las principales discusiones jurídicas que se han puesto de manifiesto al tratar la Ley ha sido el referente al rango normativo que debería elegir el legislador. El artículo 81.1 de a CE, dispone que las normas de desarrollo de los elementos esenciales de los derechos fundamentales adoptarán la forma y se aprobarán conforme al procedimiento, de las leyes orgánicas. Si además consideramos que algunos aspectos tratados en esta Ley guardan relación con el derecho de intimidad genética como una variable del derecho a la intimidad – art.18.1 CE- y , en cuanto a tal, especialmente protegible frente a posibles intromisiones informáticas- 18.4 CE- y consideramos también, la relación de esta Ley con la regulación general de la Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal ( LO15/1999, de 13 de diciembre) por ello hemos de considerar adecuado el rango orgánico de la Ley.

Los diversos problemas que suscitaba el régimen legal anterior han querido ser resueltos, al menos parcialmente, por la Ley Orgánica 10/ 2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y es la vigente en la actualidad. El máximo rango normativo otorgado por el legislador a esta ley -Ley orgánica- es, como dijimos pertinente, lo que se explica porque afecta -restringe- a derechos fundamentales, como son la intimidad genética y la protección de datos de carácter personal; y también porque incluye alguna restricción al régimen general de la LOPD de 1999, la cual, por su naturaleza, es también orgánica.

El legislador ha otorgado el carácter de ley ordinaria a una parte del articulado de la Ley 10/2007, en la medida en que no guarda relación con derechos fundamentales. A la LOPD se vincula expresamente la LO 10/2007 al considerarla de aplicación directa, con la excepción de las especificaciones que introduce la nueva ley (disposición adicional segunda). El carácter complementario -no meramente supletorio- y de aplicación directa está también justificado, pues de este modo se evita que la nueva Ley entre en materias que han sido ya contempladas de forma general por la LORD y no precisan de matización legal alguna. No obstante, algún punto sobre este particular necesitará en su momento una mayor precisión, dado que más allá de soluciones

particulares nos encontramos en ocasiones con regulaciones divergentes, incluso con contradicciones, a veces de una extraordinaria relevancia. Para resolver estas aparentes o posibles incongruencias hay que aceptar, como así es la voluntad expresa de la ley, que ambas leyes se encuentran en una relación de especialidad (*lex specialis* versus *lex generalis*), que deberá resolverse a favor de la LO 10/2007, al tener preferencia como ley especial, pues, además, posee, al igual que la LOPD naturaleza de ley orgánica y es posterior en el tiempo.

La LOPD excluye explícitamente de su ámbito de protección los ficheros de investigación sobre los delitos de terrorismo y delincuencia organizada, bastando con la comunicación previa de la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia Española de Protección de Datos. Por su parte, la LO 10/2007, al contrario, ha mencionado de forma expresa la inclusión en la base de datos los perfiles de ADN relacionados con la criminalidad organizada, por lo que habrá de procederse de este modo, pero no señala ningún criterio específico en relación con el terrorismo. En nuestra opinión son inscribibles los perfiles de ADN tanto de unos delitos como de los otros, en el caso de que tales delitos sean de los que la propia LO 10/2007 menciona, como se verá más abajo, acogidos las demás prescripciones relativas a la inscripción. Nos preguntamos; ¿Debe entenderse entonces derogada la prescripción de la LOPD cuando excluye de su protección los datos relativos a los delitos de terrorismo y a la investigación de graves formas de tu delincuencia organizada? Creemos, que formalmente no, pero esto no impide sostener sin la menor duda que las prescripciones de la LO 10/2007 sobre uso, cesión y cancelación de las inscripciones y sobre el ejercicio por parte de los interesados de los derechos de acceso, rectificación y cancelación son aplicables a los datos sobre los delitos que dan causa a la inscripción en la base de datos, y por consiguiente, también los relativos a estos delitos (terrorismo y delincuencia organizada), pues no se ha previsto ningún régimen especial para ellos, Por el contrario, no serán aplicables cualesquiera otras previsiones que de algún modo comporten la protección de datos personales que no estén contempladas en esta Ley y sí en la LOPD, pues esta última no permite la extensión de su marco protector, a la vista de la exclusión que ella misma indica en el precepto citado [art. 2.2, c)]. En conclusión, puede asumirse que la nueva Ley ha derogado parcialmente la LOPD o, si se prefiere, ha restringido la aplicación del citado precepto excluyente de esta última.

Por este motivo y dado que son relativamente abundantes las disposiciones de esta ley que demandan una labor interpretativa, de lo que se infiere la escasa claridad y precisión del Legislador en varios de sus pasajes, tal interpretación deberá hacerse de forma restrictiva, con el fin de no comprometer más allá de la voluntad -objetiva- de la ley los derechos fundamentales afectados.

a) Objetivos:

El objetivo de la Ley es, obviamente, “...la creación de una base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, que integrará los ficheros de esta naturaleza de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tanto para la investigación y averiguación de delitos, como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas...” (art. 1º).

Por tanto, sus objetivos son:

- i) Crear una base de datos policial de identificadores de perfiles de ADN.
- ii) Integrar en un solo fichero todos los pertenecientes a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, con la posibilidad, mediante convenio, de agregar los datos de otros ficheros, en particular los de las CCAA que también los han creado para el ámbito de sus competencias.
- iii) Su objetivo final es tanto disponer de un instrumento para la investigación criminal como para la identificación de cadáveres y restos cadavéricos y averiguación -del paradero- de personas desaparecidas.

Sin perjuicio de lo acabado de indicar, el Legislador asume que otra de las necesidades a las que quería dar satisfacción la nueva Ley era la de cumplir los compromisos adquiridos en el seno de la Unión Europea, de facilitar el intercambio policial entre los Estados miembros de información sobre perfiles de ADN:

*“...La adopción de esas medidas jurídicas, así como la creación de bases de datos que permitan intercambiar la información entre los Estados miembros, ha sido reiteradamente expuesta desde las Instituciones comunitarias a través de sendas Resoluciones del Consejo relativas al intercambio de resultados de análisis de ADN, de 9 de junio de 1997 y de 25 de julio de 2001, respectivamente...”*

Bajo la cobertura de la Ley se han creado por disposición administrativa dos nuevos ficheros sobre esta materia: el INT-SAIP y el INTI- FÉNIX que, como veremos

a continuación, en realidad no son tan nuevos, EL objetivo de esta regulación es adaptar los ficheros existentes a las exigencias de la nueva ley (unificación de ficheros de sujetos inscribibles, objeto o delitos que dan lugar a la inscripción, etc.).

Con el primero de estos dos ficheros se trata de la cooperación del Ministerio del Interior con la Administración de Justicia a partir de las investigaciones realizadas por el primero por medio de la identificación genética de vestigios biológicos y la identificación de muestras de origen conocido. El segundo fichero mantiene sus objetivos establecidos con anterioridad, pasando ambos al control de la Secretaría de Estado de Seguridad, según prevé la Ley.

Esta disposición no comporta formalmente la desaparición y unificación de los ficheros de investigación criminal de la Guardia Civil (en este caso, el ADNIC) y de la Policía Nacional (ADN Veritas).

Finalmente, debe recordarse, en cuanto norma posterior a la LO 10/ 2007, aunque ya venía establecido el mandato al Gobierno de la Nación con anterioridad , el RD 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN, a cuyo régimen nos hemos referido más arriba.

b) Aspectos Generales: Unificación de base de datos y dependencia orgánica

Es especialmente digno de mención el hecho de que la Ley impone la integración en uno solo de todos los ficheros dependientes de las diversas fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (art. 1º). Esta tarea de integración en el nuevo fichero se encomienda al Ministerio del Interior. Este, en cumplimiento del indicado mandato legal, dictó la Orden 177/ 2008, por medio de la cual procede, según se indicó “... más arriba, a la unificación y centralización de los ficheros de titularidad estatal INT-SAIP y el INT-FÉNIX. Sin embargo, no se asegura explícitamente la correlativa desaparición de sus predecesores, que eran gestionados por separado.

La LO 10/2007 deja abierta también la posibilidad de que mediante, convenio, se incorporen en el futuro otros ficheros que no dependan de estas instituciones, como son, por ejemplo, los ficheros autonómicos de aquellas CCAA que cuentan con Policía

autonómica propia, esto es, Cataluña y País Vasco, las cuales, como se vio en otro lugar, disponen a su vez de sus propios ficheros de perfiles de ADN; así como otros semejantes que reúnan las condiciones que estipula la Ley en particular que hayan sido creados con los exclusivos objetivos que la citada Ley contempla en el art. 3.1, a) y b).

En esto presenta coherencia el régimen de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN, puesto que podrán ser miembros de ella representantes de los ficheros de ADN autonómicos cuando los ficheros o bases de ADN de las policías autonómicas se integren en la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y se suscriba el acuerdo correspondiente.

No cabe duda de que es deseable que se produzca de manera efectiva la centralización en un fichero único de los diversos ficheros de perfiles de ADN que existen en la actualidad bajo el control institucional de autoridades diferentes, con el fin de que se logre una auténtica eficacia del sistema que es, precisamente, uno de los objetivos principales perseguidos por la nueva regulación. Resulta paradójico que se vayan estrechando cada vez con más intensidad la comunicación de información y la coordinación sobre estos perfiles entre las policías de diversos Estados y no se promuevan esfuerzos y se obtengan mayores resultados en esta misma dirección de las policías estatales entre sí y con las autonómicas y sus ficheros respectivos.

En todo caso, las previsiones de la nueva Ley relativas al tratamiento de los datos en sentido amplio se aplican a todos los ficheros que puedan existir en España, incluidos, por consiguiente, los autonómicos, que deberían adaptar el régimen de sus ficheros al que marca la LO en estos aspectos.

La dependencia orgánica del fichero se encomienda al Ministerio del Interior a través de la Secretaría de Estado de Seguridad (art. 2º). Sin embargo la LO ha pospuesto explícitamente la determinación del responsable del fichero y de su gestión, a los efectos de las competencias y obligaciones que se marcan para éste en la LORD. Esta designación se ha dejado en manos del Gobierno, lo que no impediría que, en su defecto se pudiera atribuir esta responsabilidad al Secretario de Estado de Seguridad, como máxima autoridad de la que depende la base de datos.

Dadas la naturaleza especialmente sensible de estos datos, su afectación a derechos fundamentales y su potencialidad de estigmatización para los individuos cuyos

perfiles identificadores de ADN son inscritos, resulta llamativo que la base de datos no esté sometida a ninguna forma de control, de supervisión o de inspección externas por parte de otras autoridades independientes del Gobierno, como podría ser. en concreto, la autoridad judicial (p. ej., un magistrado de la Sala Segunda del TS, una Comisión de éstos -p. ej., tres-), la cual debería tener funciones suficientemente amplias en este sentido, más allá, incluso, de las que se derivan de la protección de los datos de carácter personal, que se centran en otras autoridades, como la Agencia Española de Protección de Datos, a la cual corresponden las funciones ordinarias de inspección y sanción, en su caso.

c) Sujetos de la base de datos:

i) Sujetos pasivos

Las personas cuyo perfil se incorpora a la base de datos son sujetos cuyas muestras o datos serán objeto de recogida e inscripción en el fichero (sujetos pasivos) son los sospechosos, detenidos o imputados en relación con un delito. Sin perjuicio de lo comentado más arriba sobre el alcance de estos términos, en particular el de sospechoso, una correcta interpretación de esta prescripción requiere su cotejo con lo previsto respecto a la cancelación de los datos (art. 9), como se dirá más abajo. No obstante, puede adelantarse ya que los perfiles obtenidos de las personas que se encuentren en cualquiera de las situaciones procesales mencionadas se inscribirán en el fichero ya en ese momento, al menos para poder proceder al cotejo y cruce de datos, pero la duración de su permanencia dependerá del resultado de las actuaciones del órgano judicial (sobreseimiento, absolución, condena, etc.). por lo que en ocasiones la inclusión en el fichero sólo estará justificada en relación con el delito que dio lugar a la intervención judicial y en este caso deberán cancelarse de forma inmediata a la resolución judicial (p. ej.. si hubo sobreseimiento o absolución, sin perjuicio, en este último caso, de ciertas excepciones).

Sólo queda una situación incierta y extraña, referida a los datos incorporados al fichero pertenecientes a un sospechoso no imputado, pues continúa careciendo de una base conceptual -definición- legal y de un estatuto jurídico, según se verá más adelante. Además de los perfiles de ADN de los sujetos anteriores, en relación con los cuales no es preciso su consentimiento, existe asimismo la posibilidad de que se inscriban los

perfiles de personas no sujetas a investigación criminal pero que han prestado su consentimiento expreso para tal medida por ej., los de la víctima o los de familiares de desaparecidos, sin perjuicio d que estos vayan a otro fichero) (art. 3.2 LO 10/2007).

iii) Sujetos activos

Son los responsables de la inscripción en el registro, en cuanto a los sujetos legalmente idóneos para la toma de las muestras biológicas y fluidos del sospechoso, detenido o imputado de las que se obtendrán los identificadores del ADN, son los agentes de la Policía Judicial; a ella corresponde también la toma de vestigios del lugar del delito. Si la toma de muestras requiere inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales sin el consentimiento del sujeto, aquélla necesitará la previa autorización judicial mediante auto motivado.<sup>170</sup>

Con la expresión legal de la Disposición adicional tercera “...*así como del lugar del delito...*” pareciera que la Ley adoptase la opción contraria a requerir autorización judicial. La remisión de los datos a la base policial (téngase en cuenta que la obtención de los identificadores la realizarán expertos técnicos de los laboratorios acreditados, mediante las pruebas oportunas) corresponde a los miembros de la Policía Judicial - estatal o autonómica-, siempre, indudablemente, que concurran los presupuestos y requisitos que permiten la inscripción (art. 6 LO 10/2007). Sin embargo, este procedimiento presenta numerosas y graves vías de escape tendentes a decisiones unilaterales no sometidas a control previo. Esto puede ocurrir principalmente con la condición de sospechoso, sobre el que hemos repetido en varias ocasiones que presenta unos perfiles jurídicos y de seguridad jurídica muy débiles en relación con la inscripción.

Cualquier acto de investigación por un delito iniciado unilateralmente por los miembros competentes de la policía judicial -lo que es formalmente compatible con el actual marco legal-, puede dar lugar a la condición de sospechoso, generándose así el presupuesto formal requerido para ser inscrito en la base de datos policial, con el riesgo de que tal iniciativa, además de unilateral, pueda ser arbitraria, al poder sustraerse fácilmente de cualquier fiscalización. Quedando, algunos interrogantes como ¿ sospechoso de qué delito, si aún no se le ha imputado ninguno al sujeto? Esto es muy importante para decidir si legalmente el perfil de ADN es susceptible de ser inscrito o

---

170 Disposición Adicional Tercera.



no en la base de datos, ¿a quien le corresponde decidir sobre este extremo? ¿Podrá intervenir en estos casos previamente, y cómo hacer efectiva su intervención?

Esta situación puede llegar a ser especialmente grave, pues hemos visto cómo corresponde a la Policía Judicial la decisión sobre la inscripción de los perfiles de ADN de los sujetos mencionados en la base de datos policial.

Con el fin de asegurar el buen cumplimiento de lo precedente, debería establecerse un procedimiento reglado sometido a todo tipo de cautelas ( en la actualidad se carece de uno adaptado a la LO 10/2007): y debería ser el Juez quien acordara la inscripción, siempre que se den los presupuestos objetivos oportunos.

Por lo que se refiere a la conservación de la muestra o vestigio, la decisión corresponde tomarla al Juez . De este modo podrá valorar una previsible necesidad de ulteriores análisis, incluyendo en esta consideración la posibilidad de contraanálisis, pues sólo él tiene una visión de conjunto del desarrollo del proceso y de las actuaciones correspondientes que puedan surgir.

d) Objeto de la base de datos: las clases de datos inscribibles, tipos de identificadores y condiciones de inscripción de los datos son :

i) Clases de datos inscribibles

Los ficheros de perfiles de ADN y de muestras indubitadas comportan una significativa afectación de derechos fundamentales, en primer lugar el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la protección de los datos de carácter personal (art. 18.4 CE), en su manifestación de intimidad genética o de datos genéticos. El legislador es consciente de ello, pues así lo expresa en el Preámbulo, donde, además, viene a calificar estos datos como sensibles: “...*Hasta regulación contiene una salvaguarda muy especial, que resulta fundamental para eliminar toda vulneración del derecho a la intimidad, puesto que sólo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la identidad del sujeto -la misma que ofrece una huella dactilar- y del sexo. pero, en ningún caso, los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética..*”.

En cuanto a los datos que podrán incorporarse a la base de datos policial, sólo lo serán datos genéticos que revelen la identidad y el sexo de la persona en el marco de una investigación criminal (art. 4). Estos datos se encuentran en la parte no codificante



del ADN, del cual se pueden obtener otros elementos más de identificación (p. ej., los relativos a la etnia a la que pertenece el sujeto del que proviene la muestra, relaciones de paternidad o de filiación). Se prohíbe el acceso a la parte codificante del ADN.

No queda claro porqué no se mencionan los identificadores obtenidos de cadáveres o restos cadavéricos no identificados o de averiguación del paradero de desaparecidos fuera del contexto de una investigación criminal, pues pueden tener su origen en un accidente o catástrofe. Deberá considerarse entonces como una mera redacción legal defectuosa, a la vista de que la prescripción esencial de este artículo descansa en qué datos podrán inscribirse exclusivamente, pues la LO prescribe en otro lugar -que habrá que entender que redefine y ajusta la prescripción que estamos estudiando ahora—, el tipo de investigación que dará lugar a la inscripción, es decir, el objeto, sea de carácter criminal o no (art. 3.1).

Los ficheros existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 10/2007, incluso después del proceso de unificación, deberán adaptarse a las exigencias de la nueva regulación, en particular respecto a los identificadores que pudieran haber sido inscritos en el período anterior a la LO, pues no podrán ser más ni diferentes de los que señala la ley. El mantenimiento de otros identificadores convertirían en ilegales tales ficheros y podrían comportar la lesión de derechos fundamentales de los sujetos afectados.

Ha de tenerse en cuenta que la muestra biológica recoge indisolublemente tanto datos codificantes como no codificantes, y en estos últimos, asimismo otros marcadores que no han sido tomados en consideración por la ley a los efectos de identificación, por lo que será necesaria la máxima responsabilidad y autocontrol deontológico por parte de los profesionales que tengan acceso a la muestra y de quienes realicen los estudios pertinentes de identificación a través del ADN. Téngase en cuenta que no será aquella la única información a la que se tendrá acceso, pues en el Registro Central de Penados figurarán los datos relativos al delito cometido, la condena y otras circunstancias pertinentes

ii) Tipos de identificadores: los datos identificadores obtenidos a partir del ADN podrán tener uno de estos dos orígenes (art. 3.1):

a) Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que

en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado (muestras indubitadas).

b) Los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas (muestras dubitadas).

Como es sabido, el fichero permitirá el cruce de los perfiles obtenidos de un sujeto sospechoso, detenido o imputado con los inscritos previamente en la base de datos, que podrán ser tanto dubitados (marcadores de vestigios hallados en la escena del delito) como indubitados (si los identificadores del sujeto afectado estaban inscritos previamente como consecuencia de un análisis vinculado a un hecho anterior).

#### N) PERFILES REALIZADOS A PARTIR DE MUESTRAS OBTENIDAS CON O SIN EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO

La inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN no precisará el consentimiento del afectado, pero se prescribe que éste sea informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, de lo que deberá dejarse constancia en el procedimiento (art. 3.1. últ. párr.). La no exigencia de este consentimiento se justifica por la finalidad misma del fichero, pues de lo contrario muy pocas personas accederían a que se les tomase una muestra para cotejar el perfil obtenido con los recogidos en la base de datos.

En virtud de esta especificidad la LO 10/2007 marca diferencias con el régimen general de la LOPD, la cual parte de que la obtención de datos de carácter personal aportados por el interesado requiere el consentimiento inequívoco de éste, salvo que la ley -como ocurre aquí- lo haya establecido de otro modo (an. 6.1); sin embargo, la misma Ley contempla la posibilidad de incluir datos en un fichero policial sin el consentimiento del afectado, bien que no menciona los específicos relativos a los marcadores de ADN (art. 22).

Puesto que en su mayor parte la LO 10/2007 está regida por el principio de prescindir del consentimiento del sujeto afectado, con el justificado fin de poder dar cumplimiento a los propósitos de esta Ley, que se orientan a una mejor persecución de los autores de delitos en aras a una mejor realización de las exigencias colectivas en

interés de la justicia y en los individuales de la tutela judicial efectiva, es preciso recordar una vez, más la continua presencia que ha de tener el principio de proporcionalidad. Únicamente a través de este principio podrán justificarse las restricciones de derechos fundamentales de los llamados de autonomía, para dar cabida a la satisfacción de otros de la misma naturaleza con los que pueden estar enfrentados, en los que la gravedad del delito objeto de investigación o que puede justificar la inscripción en el fichero ha de constituir uno de los elementos determinantes en la ponderación que deriva de la aplicación de aquel principio.

Creemos que en virtud de estas circunstancias la información que debe transmitirse, incluida la inscripción en la base de datos, y la extracción de la muestra deberían poder realizarse en presencia del abogado del sujeto, al menos si éste así lo demanda, con el fin de que pueda velar porque todo el proceso se realiza con la salvaguarda de los derechos fundamentales afectados, incluido aquí el de defensa (debería ser informado incluso de la opción de contar con la presencia de un abogado).

Por supuesto, si el sujeto hubiera consentido en la inscripción (para intentar identificar un familiar desaparecido), también podrán incorporarse sus perfiles de ADN en el fichero (art. 3.2). Aunque nada se señala de forma específica, se entiende que la revocación de esta decisión deberá aceptarse sin restricciones por medio del ejercicio del derecho de cancelación.

#### Ñ) PERFILES INSCRIBIBLES EN ATENCIÓN AL DELITO INVESTIGADO

Por razón del delito se ha optado por un criterio de gravedad material en sentido amplio: *“...Cuando se trate de delitos graves y en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con los delitos enumerados...”* (art. 3.1, a) LO 10/(2007).

a) Cuatro los supuestos contemplados por la Ley:

i) Todos los delitos graves

De acuerdo con el CP lo serán los delitos cuyas penas sean superiores a cinco años de prisión [arts. 13.1 y 33.2. a)]. En este caso es irrelevante la naturaleza del bien jurídico afectado por el delito cometido que está siendo objeto de investigación, pues la gravedad de este último, revelada por la pena que le acompaña, justifica ya que baste como referencia para su inclusión en la base de datos (principio de proporcionalidad), incluso cuando la modalidad comisiva del delito no sea propicia para generar vestigios biológicos. Se entiende que la pena de referencia es la abstracta señalada por la ley para el delito de que se trate, con independencia de que se haya consumado o no y de la forma de participación concreta del sujeto en el delito (tanto la autoría como la participación).

ii) Delitos que atentan a bienes jurídicos personalísimos

Éstos son la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual o la integridad de las personas, aunque no tengan la calificación legal de graves, pero sí habrán de tener la de menos graves. Quiere significarse con esta afirmación que la ampliación en relación con el supuesto anterior alcanza a los delitos menos graves, y que, por el contrario, han de entenderse excluidas las faltas.. Esta conclusión es consecuencia de una interpretación sistemática del propio precepto, sin necesidad de ir más allá del mismo, tanto por lo que se refiere a la inclusión de los delitos menos graves, como a la exclusión de las faltas.

En efecto, si se interpretase que a pesar de la enumeración de estos delitos sólo acoge los delitos graves, la lista sería de todo punto superflua (¿por qué se mencionarían entonces unos delitos -graves- y no otros -también graves-, siendo todos ellos presupuesto de la inscripción?), y la expresión de «en todo caso» quedaría sin una explicación congruente.

Además, viene a colación aquí el argumento habitual de que la palabra delito en el CP se refiere a infracciones penales distintas de las faltas (delitos graves y menos graves), en todo caso más graves que éstas. En efecto, ni en las infracciones penales contra el patrimonio encontramos faltas caracterizadas por el uso de fuerza en las cosas o de violencia o intimidación en las personas, ni en la lista de delitos cometidos por la delincuencia organizada aparecen faltas, por lo que también deben excluirse en estos

delitos singularizados. Se deberá tener en cuenta que la reforma del Código penal de 2015 que ya ha entrado en vigor ha suprimido las faltas. Ahora sólo contempla delitos graves y leves (que son las antiguas faltas).

En este supuesto se incluyen unos delitos, que si bien en muchas ocasiones merecerán ya la calificación de graves -por lo que estarían por este motivo en la lista de delitos que dan lugar a la inclusión en la base de datos policial-, se ha considerado oportuna su inclusión en otros casos en los que no se satisfaga la condición de delito grave -es decir, que se trate de un delito menos grave- por razón del bien jurídico contra el que se cometen.

Al no distinguir la Ley deben considerarse incluidos tanto los delitos dolosos como los imprudentes, siempre que éstos entren en la categoría de delitos menos graves, pues ya se dijo que se excluyen las faltas, por tanto, también las imprudentes. De todos modos, ya se expuso en otro lugar nuestro criterio contrario al adoptado por la Ley en relación con la inclusión de los perfiles de los responsables de delitos imprudentes, pues la reincidencia, que es presupuesto para el buen funcionamiento de estos archivos, y los problemas de identificación (que puede ser dificultada por el autor de un delito doloso) se mueve en contextos delictivos diferentes, sin perjuicio de que aquélla, la reincidencia, pueda darse fácilmente en el delito imprudente.

Por lo que respecta a la valoración de lo apropiado de la remisión que se hace a estos delitos de forma global por bloques, hubiera sido mejor haber optado por la enumeración de los diversos delitos específicos que son motivo o presupuesto de la inscripción, prescindiendo de la mención de los tipos agravados, atenuados y otros que la doctrina califica como autónomos al menos como principio y sin perjuicio de acoger algunas excepciones. Un ejemplo el delito de asesinato, podría haber mencionado el delito de homicidio, por su extrema gravedad, por la discrepancia en la doctrina sobre si este delito es agravado del de homicidio o autónomo del mismo.. La pertinencia de la confección de esta lista, que podría ser tachada de casuística, se basa en que, como venimos insistiendo, esta Ley afecta a derechos fundamentales y, por consiguiente, la restricción de los mismos debe aparecer justificada caso a caso.

En relación con los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en concreto

los delitos de acoso sexual (arts. 184 y s. CP) y pornografía infantil, no parece que la presencia de vestigios biológicos en el cuerpo de la víctima o en el escenario del crimen vaya a producirse, o que se disponga de datos empíricos sobre reincidencia de estos sujetos en relación con otros delitos contra la libertad sexual más adecuados para dejar vestigios, es decir, parece irrelevante. No así en relación con la violación, agresión sexual y abusos sexuales, para los cuales el cruce de los perfiles de los vestigios con la base de datos puede ser decisivo para identificar al autor del hecho, y en ellos la reincidencia es más frecuente.

La referencia a delitos contra la integridad de las personas permite abarcar no sólo los delitos de lesiones corporales (arts. 147 y ss.), sino también los delitos contra la integridad moral, los cuales tampoco son propicios para derivar material biológico de los actores del delito (delincuentes y víctimas)..

Los delitos en los que por no ser precisa violencia u otro comportamiento que pueda dar lugar a vestigios biológicos varios autores a los que adherimos proponen su exclusión como motivo de inscripción de los perfiles de ADN del sujeto sospechoso, detenido o imputado. De generarse excepcionalmente dichos vestigios, con toda certeza darían lugar a otro delito (en concurso con alguno de los que estamos aludiendo), el cual sí figuraría en la lista de delitos de inclusión que estamos proponiendo.

Por el contrario, se ha omitido algún delito que por su gravedad por la afectación a un bien jurídico relevante entendemos que debería haberse incluido. Así por ejemplo, el delito de lesiones dolosas al feto (art. 157).

La remisión genérica a los delitos contra la libertad también parece excesiva, pues varios de éstos no generarán vestigios biológicos, o lo harán de forma muy excepcional (p. ej., los delitos de amenazas).

iv) Delitos contra el patrimonio en los que se ha empleado violencia en sentido amplio

Es decir, que se hayan cometido con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas, según dice literalmente la Ley. Parece necesaria una precisión interpretativa en este punto, en el sentido de que los delitos contra el

patrimonio referidos serán aquellos en los que forma parte del tipo, como factor fundamentador de mayor gravedad de lo injusto del hecho, la fuerza en las cosas o la violencia o intimidación en las personas. Dicho de otro modo, no están incluidos los delitos contra el patrimonio no tipificados con alguno de estos elementos, se hayan producido o no los mismos y sean calificables o no con otros delitos (mejor, faltas) diferentes, dado el caso, en concurso real con el delito patrimonial.

v) Delitos vinculados con la delincuencia organizada

Como la propia ley explica, para identificar este tipo de delincuencia habrá de estarse a lo que por tal define la LECrim en su art. 282 bis, apartado 4º. Aquí el criterio de inclusión en el fichero parece ser diferente, no tanto el de la gravedad de los delitos (pueden ser graves o no graves), como el de la peligrosidad que demuestran este tipo de criminalidad y sus integrantes, en los que es lógico prever una reincidencia material en el sentido que hemos descrito más arriba. Sin embargo, la remisión genérica al citado precepto de la LECrim merecía una ponderación más fina, es decir, haber incluido cada delito en particular, para poder así ponderar supuesto por supuesto, los efectos reales que tienen algunos de estos delitos cometidos en el entorno de la delincuencia organizada. Con el criterio adoptado, se ha dejado abierta la posibilidad, como ya hemos apuntado de introducir, una vez más en este precepto, una quiebra al principio de proporcionalidad, al haberse desviado la Ley del principio de la gravedad del delito.

La seguridad jurídica está garantizada por el doble procedimiento de en primer lugar, definir qué ha de entenderse por delincuencia organizada. para la cual son decisivos factores como la asociación, hacer de ciertos delitos una forma de vida, o bien la mera reiteración así como, en segundo lugar, por la lista cerrada de delitos que enumera la LECrim que están vinculados con la actividad de aquélla. De todos modos, esta lista es extraordinariamente larga. Podría plantearse la duda sobre el significado del tenor literal de la Ley «debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo,...». A pesar de que la expresión subrayada podría sugerir una remisión no cerrada al artículo 282 bis de la LECrim (es decir, otros delitos no identificados en la LO, además de, en todo caso, los previstos en el artículo citado), debe optarse por la interpretación restrictiva, más favorable para los derechos fundamentales que pueden verse afectados, y considerar que la lista del art.

282 bis configura una lista cerrada para la LO. De otro modo tampoco se sabría a que otros delitos habría querido remitirse la LO relacionados con la delincuencia organizada, interpretación que iría en detrimento de la seguridad jurídica.

Desglosados por medio del procedimiento anterior los delitos que dan causa a la inscripción de los identificadores obtenidos a partir del ADN aunque no resulta fácil cuantificar los sujetos que podrían ser incluidos en la base de datos, se comprueba al menos que la franja establecida por razón del delito es muy amplia, con una significativa desviación del criterio referencial relativo a la gravedad de la infracción penal, por lo que podría haberse vulnerado en no pocos casos el principio de proporcionalidad, y es en esto donde radica otra de las censuras más duras que pueden dirigir contra esta Ley.

Por consiguiente, este punto de la Ley refleja con bastante claridad la tendencia expansiva existente a la hora de configurar las bases de datos policiales, fenómeno por lo demás común en el derecho comparado. La razón no es otra que las autoridades responsables de la seguridad ciudadana entienden que para el mejor cumplimiento de sus funciones, de gran trascendencia para la sensación de seguridad por parte de los ciudadanos, necesitan disponer de la máxima información posible, en este caso tanto del número de sujetos inscritos como de los identificadores y otros datos que les conciernen, descuidando muchas veces la importancia que también tiene la observancia del principio de proporcionalidad, que acaba siendo el único dique de contención a esta tan loable como criticable tendencia.

## O) CALIDAD Y SEGURIDAD DE LAS MUESTRAS, LOS ANÁLISIS Y LOS DATOS

Aspectos relevantes a la calidad, a la estandarización de técnicas y procedimientos -acreditación- y a la seguridad de los ficheros son también contemplados por la regulación vigente en la Disposición Adicional Cuarta y en la Disposición Transitoria Única.

### a) Acreditación de los laboratorios:

La pericia técnica de los laboratorios que estudian los marcadores del ADN que



pueden servir de identificadores de la persona de la que proviene la muestra o el vestigio es decisiva para la fiabilidad forense de estas pruebas. Por otro lado, su homologación a través de la adopción de determinadas técnicas aprobadas por las sociedades científicas u otras entidades reconocidas internacionalmente contribuye, además, a la posibilidad de realizar contrapericias (contraanálisis) y facilita la eficacia del intercambio de marcadores identificadores con las policías de otros países con las que existan acuerdos de este tipo, al utilizar las mismas normas técnicas. Estos aspectos se han resuelto mediante la exigencia de acreditación de los laboratorios encargados de los estudios de ADN que correspondan. En este sentido, la LO 10/2007 exige la acreditación previa de los laboratorios. La función de acreditación se ha encomendado por la Ley a la Comisión Nacional del uso forense del ADN, y aquéllos habrán de someterse a controles periódicos de calidad para que se mantenga la validez de la acreditación otorgada (art. 5.2).

La LO ha adoptado el criterio de considerar automáticamente acreditados a estos efectos a los laboratorios del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. A los demás, se les otorga un plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley para proceder a la acreditación.

Sin embargo, la aplicación de esta previsión legal no estuvo exenta de problemas. En primer lugar, la norma sólo alude a la necesidad y al plazo de acreditación de los laboratorios de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, habiendo omitido los existentes en las Comunidades Autónomas con competencias policiales y que cuentan con este tipo de laboratorios. Parece indiscutible que estos laboratorios deberán estar sometidos a procedimientos de acreditación y de controles periódicos para valorar la pertinencia de mantener la validez de aquélla. En principio, esta función la desempeñarán las autoridades autonómicas correspondientes. Sin embargo, el RD 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN, ha previsto la posibilidad de llegar a convenios para favorecer la acreditación de los laboratorios autonómicos y la colaboración de éstos con los estatales, aunque no está tan claro si el procedimiento ha de consistir en la acreditación por la Comisión Nacional —lo que tampoco es descartable, si así se acuerda por las partes-, o en otras formas de colaboración, como que las autoridades autonómicas asuman los mismos patrones de

acreditación, pero sin renunciar a otorgarla ellas mismas por medio de sus propios órganos.<sup>171</sup>

En segundo lugar, mal se pudo cumplir el plazo de un año que marca la Ley, puesto que el órgano competente, es decir, la Comisión Nacional para el uso forense del ADN, todavía no había sido constituida, ni aprobadas en el plazo necesario sus atribuciones y composición, pues esto se hizo por el citado RD 1977/2008, una vez ya superado el año previsto, y en él no se fijó prórroga alguna, que es de suponer sería establecido de facto por la citada Comisión Nacional.

El procedimiento de evaluación de los laboratorios de análisis de ADN por la Comisión Nacional viene fijado en el mismo RD de 2008, en el cual se establecen también controles periódicos, corrección de deficiencias y retirada, en su caso, de la acreditación ya concedida, remitiéndose para ello a la norma europea.

b) Seguridad de los ficheros:

Por lo que se refiere a la seguridad, la LO 10/2007 establece un nivel de seguridad alto para estos ficheros, es decir, el más elevado que prevé la legislación sobre protección de datos de carácter personal, en la que se indica qué medidas comporta el nivel alto. De forma más específica, se encomiendan a la Comisión Nacional para el uso forense del ADN funciones relativas a la seguridad de custodia y confidencialidad de las muestras, los análisis y los datos.

c) Uso y cesión de los datos:

El uso y la cesión de los datos contenidos en la base de datos son unas de las previsiones de la ley, más importantes y al mismo tiempo delicadas, en particular la segunda de ellas.

P) ACCESO: DELIMITACIÓN EN EL CASO DE JUECES Y FISCALES

En primer lugar, el acceso (uso) está reservado inicialmente, como lógico, a los miembros de las unidades de Policía Judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, es decir, de la Policía y de la Guardia Civil; además, las Autoridades Judiciales y Fiscales (art. 7.1). Se ha discutido si en relación con Jueces y Fiscales estamos ante un acceso (uso) o ante una cesión de datos a ellos desde el responsable del fichero. A pesar de la poca claridad de que adolece, una vez más, la Ley, entendemos que se trata de un acceso o uso legítimo. La razón es bien sencilla: así lo establece explícitamente la LO

---

171 El art. 3 del RD 1977/2008 atribuye esta competencia a la Comisión Nacional.

10/2007 en el precepto citado, la cual, no debe olvidarse, marca en algunos extremos un régimen específico sobre el tratamiento de datos tan singulares, diferentes -o. incluso, contrarios- al régimen general de la LOPD. Si bien es cierto que la definición de cesión en la LOPD es muy amplia, no debe confundirnos sobre quiénes son los usuarios legítimos conforme a la LO 10/2007, en coherencia con el objetivo al que están destinados estos ficheros, lo que comporta admitir que esta Ley ha introducido una restricción importante al concepto legal de cesión que se deriva de la LOPD. El mero hecho de que física y orgánicamente la base de datos se encuentre en manos de las autoridades gubernamentales (Ministerio del Interior) no obstaculiza esta interpretación, pues desde el punto de vista técnico es posible facilitar el acceso de Jueces y Fiscales a la misma para el mejor cumplimiento de sus competencias, como ya ocurre con otros archivos de interés judicial (p. ej., el Registro de antecedentes penales). Por otro lado, la regulación del régimen de cesión excluye formalmente a los Jueces y los Fiscales.

La consecuencia de esta conclusión es que el acceso de los Jueces y Fiscales, por sí mismos o por medio de los funcionarios que corresponda (secretarios, administrativos. Policía Judicial) no está sometido al complicado régimen que establece la LOPD para la cesión (comunicación) de datos, el cual puede ser pertinente en otros casos; incluso ha requerido de un Convenio internacional para cesión entre policías de diversos Estados europeos.

#### Q) LA CESIÓN DE LOS DATOS

Por lo que se refiere a la cesión, se establece a qué organismos y en que circunstancias podrá realizarse (art. 7.3);

a) A las autoridades judiciales, fiscales o policiales de terceros países de acuerdo con lo previsto en los convenios internacionales ratificados por España y que estén vigentes.

b) A las policías autonómicas con competencia estatutaria para estas funciones que, como es sabido, son las de Cataluña (Mossos d' Esquadra) y del País Vasco (Ertzaintza), las cuales disponen de sus propios ficheros.

c) El Centro Nacional de Inteligencia, para el cumplimiento de sus funciones relativas a la prevención de los delitos.

## R) CESIÓN A LAS AUTORIDADES DE TERCEROS PAÍSES

Por lo que respecta a los intercambios entre las autoridades de otros países, en particular las policiales, la amplitud de los acuerdos internacionales en el marco de la colaboración para la persecución de determinados delitos lleva a la conclusión de que es ilusoria la mera pretensión de un seguimiento sobre el uso real de esos datos, sus posibilidades de nuevas cesiones por parte de los cesionarios, por no hablar de un control efectivo por parte de órganos independientes.

A pesar de todo, estos y otros requisitos y salvaguardas han de estar también presentes en el ámbito, necesario y deseable, de la persecución de los delincuentes que se valen de la movilidad, la extraterritorialidad, etc., para ocultarse u ocultar sus fechorías.

Respecto al objeto de intercambio, las autoridades españolas sólo podrán ceder perfiles de ADN y datos asociados de los que la ley española permite su inscripción en la base de datos policial española. Y viceversa, sólo podrán solicitar datos que sean legalmente inscribibles en el fichero español .

El marco territorial de cesión de muestras biológicas y de datos relativos a los perfiles de ADN viene regido por el Convenio de Prüm, según el cual se extiende al territorio de varios Estados europeos, entre ellos el español, en el que se encuentra en vigor después de su ratificación y publicación en el BOE.

## S) CESIÓN A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

En cuanto a las CCAA, se ha dejado abierta la posibilidad de una colaboración más estrecha con la base de datos estatal, integrando sus ficheros en ella. Mientras esto ocurre, se ha previsto la posibilidad de la cesión de los datos desde la base estatal a las policías autonómicas. El uso por parte de éstas se limitará a los propios fines que marca la LO 10/2007, esto es, la investigación criminal de los delitos que menciona la Ley (art, 3.1), identificación de cadáveres y averiguación del paradero de personas desaparecidas.

Para proseguir por este camino tan necesario las relaciones han de estar presididas por la confianza mutua, lo que no siempre ha sido así, con las consecuentes

limitaciones en las prácticas de intercambio. Por desgracia, también ha ocurrido entre los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado el surgimiento de una desconfianza y de una competitividad mal entendida o, lo que es peor, una opacidad que los ciudadanos no saben muy bien a qué responde.

#### T) CESIÓN AL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA

El CNI podrá utilizar los datos para el cumplimiento de sus funciones relativas a la prevención de tales delitos, de acuerdo con lo previsto en la legislación pertinente. Sin pretender discutir aquí sus competencias, la cesión es, tal vez, demasiado amplia, dado que se refiere a la prevención de «tales» delitos, cuando la base de datos, según he indicado en otro lugar, persigue un fin inmediato de ayuda a la identificación de los autores de delitos ya cometidos, o si se prefiere, para facilitar la persecución de los autores de ciertos delitos, en principio, de cierta gravedad, pero no para prevenir su comisión en sentido concreto.

Esta previsión significa otorgar un amplio reconocimiento de acceso y uso de este tipo de información y una desviación de los fines de la base de datos y con ello la quiebra material del principio de la calidad de los datos (bien que el respaldo formal para esta desviación lo otorgue la propia LO10/2007). De acuerdo con el principio de proporcionalidad este acceso debería haberse reservado tan sólo para algunos de los delitos cometidos por la delincuencia organizada (incluidos los delitos de terrorismo), los más graves, dada la complejidad con que puede manifestarse ésta y únicamente en relación con ella parece más factible satisfacer objetivos preventivos.

#### U) CANCELACIÓN DE LOS REGISTROS

##### i) Colisión Aparente de Normas

La determinación de la Ley de aplicación preferente: La LO se ocupa de la cancelación con cierto detalle, así como de los derechos de acceso y rectificación (art. 9). También lo hace la propia LORD sobre los aspectos generales (arts. 15a 17) y sectoriales de estos derechos, en concreto sobre las excepciones a los mismos en relación con ficheros policiales (art. 23). Como podrá comprobarse, estas restricciones

van más allá de lo que marca la LO 10/2007 sobre la cancelación, y ella misma se remite a la LOPD respecto al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación. En resumen, surgen dudas de cuál es la normativa aplicable en alguna ocasión, partiendo de la explícita remisión de la LO de bases de datos a la LOPD.

Debemos recordar que las citadas leyes se encuentran en una relación de especialidad, y que la LO 10/2007 tiene preferencia como ley especial en lo regulado por ella. Por consiguiente, la cancelación se regirá por el régimen que ha establecido la LO 10/2007, en los términos que se verán más abajo, sin que sean aplicables las discrecionalidades que en este aspecto reconoce la LOPD a los responsables de los ficheros: una vez cumplidas las condiciones y, en especial, los plazos que marca la LO 10/2007. se deberá proceder de oficio a la cancelación, sin ningún tipo de excusa que permita lo contrario, esto es, la no cancelación.

Al estar tasados legalmente los supuestos en los que procede la cancelación, queda muy poco margen para el ejercicio del derecho de; cancelación por parte del sujeto afectado. Tampoco la autoridad administrativa (el responsable del fichero público) dispone de margen para denegar la cancelación, so pretexto de la supuesta discrecionalidad que le reconoce la LOPD, la cual no resulta de aplicación aquí, pues se tratará siempre de supuestos en los que el afectado ha solicitado la cancelación que no ha sido realizada de oficio por la autoridad, a la que está obligado en todo caso, según la aplicación preferente de la LO 10/2007.

Por lo que se refiere a los derechos de acceso y de rectificación que se reconocen en ambas leyes, en el caso de la LO 10/2007. ésta se limita a remitirse (art. 9.3) a las previsiones de la LOP, tanto generales como excepcionales. Respecto a estas últimas, se reconoce al responsable del fichero la facultad de que deniegue el acceso o la rectificación -y, por supuesto, la cancelación- *“...en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando...”* (art. 23.1 de la LORD). Estos criterios en que se basa la discrecionalidad son ambiguos en exceso, sobre todo el último, relativo a las necesidades de las investigaciones en curso, sin perjuicio de que tales previsiones están justificadas, a la vista de los intereses que se tratan de proteger. Significa esto que el afectado puede padecer un exceso de discrecionalidad y convertirse así la denegación en

una arbitrariedad.

La misma ley prevé que en el caso de denegación el afectado pueda dirigirse al Director de la Agencia Española de Protección de Datos o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, cuando proceda, “...*quienes deberán asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación...*”(art. 23.3). Sin perjuicio de que esta tarea se encomiende por la ley a órganos cuya principal credibilidad es su independencia institucional, no deja de ser también algo impreciso, pues se deja en sus manos decidir sobre la procedencia o improcedencia sin criterio alguno de referencia; obviamente habrá de serlo la defensa de los derechos de los ciudadanos y el principio de proporcionalidad en el caso concreto en relación con otros intereses colectivos. Tampoco basta con que se pronuncien sobre la procedencia o improcedencia de la denegación, sino declarar que ésta carece de efectos, debiendo atender entonces la petición del afectado, en el caso de estimarse que fue improcedente.

## ii) De oficio

Se distinguen varias situaciones y los regímenes coherentes con cada uno de ellos, de modo que la conservación en la base de datos de los identificadores obtenidos a partir del ADN no superará unos determinados plazos (art. 9.1). Dos son los criterios establecidos para la cancelación de los datos de personas identificadas (datos indubitados): el de la prescripción del delito, y el de la cancelación de los antecedentes penales. Como es lógico, ambos obedecen a presupuestos diferentes. En principio, parecen razonables las dos variantes que recoge la ley. que veremos a continuación, si bien no se indica de entrada para qué supuestos está previsto el plazo relativo a la prescripción del delito, a diferencia del plazo de cancelación, que sí se especifica. En realidad esta especificación viene despejada más adelante, al incluir en esa primera previsión (la de la prescripción) al sospechoso, que parece ser el único sujeto reservado para la misma.

## ii) Prescripción del delito:

De acuerdo con el CP, discurrirá entre un mínimo de diez años y un máximo de

veinte (arts. 131 y s. del CP). La prescripción es el procedimiento exclusivo de cancelación reservado para los sospechosos no imputados (art. 9.1, párr. 3º in fine), pues, obviamente, en ellos no es posible la cancelación por rehabilitación, o cancelación de los antecedentes penales, pues no existen tales. Ésta es una de las previsiones más censurables de la LO, por mantener en situación de sospecha a una persona una vez concluido el juicio con sobreseimiento o sentencia firme absolutoria (salvo que ésta se deba a la concurrencia de un supuesto de exclusión de la imputabilidad o la culpabilidad), quebrando así la presunción de inocencia, la cual ha sido validada en este caso por un pronunciamiento jurisdiccional.

No se entiende la razón y el fundamento de la inclusión del sospechoso desde un punto de vista garantista y de proporcionalidad. Puede deducirse de esta solución una lesión directa del derecho a la protección de datos de carácter personal, al incluir estos datos en un archivo sin justificación suficiente; y también otra indirecta del derecho relativo a la presunción de inocencia, pues se le trata, no ya con presunción de culpabilidad respecto al hecho criminal, sino también con presunción de autoría material misma del hecho delictivo (certius: de alguna forma de participación punible), equiparando así al sospechoso con delincuentes que han sido condenados o absueltos, en este último caso por la concurrencia de diversos factores que impidieron legalmente su imputación subjetiva (p. ej., por apreciación por parte del juzgador de una causa de inimputabilidad o de exclusión de la culpabilidad). Lo cierto es que la acción penal no se ha dirigido en ningún momento contra él, pues no ha llegado ni siquiera a ser imputado en ningún momento procesal. Y ya vimos que la inscripción de los perfiles genéticos de un sospechoso en la base de datos corresponde hacerlo a la Policía Judicial, la cual también dispone de medios, según se indicó, para «construir» tal condición.

Es cierto que con este proceder se pretende dejar abierta la posibilidad de que en el futuro aparezcan muestras dubitadas en el lugar de la escena del delito o en otros lugares o circunstancias que se pueden vincular con aquél, de forma que su cruce en la base de datos pueda identificar al sospechoso, precisamente hasta que la investigación policial o judicial lleguen al límite legal fijado, que está marcado precisamente por la prescripción del delito de que se trate. Sin embargo, siendo loable este objetivo, debe recordarse que la búsqueda de la verdad material (de obtención de pruebas para la persecución de las personas implicadas en la comisión de un delito) cuenta también con



límites materiales y formales, constituidos en este caso sobre todo por los derechos fundamentales de los ciudadanos. Se trata, pues, de un conflicto de intereses que debe resolverse a la luz del principio de proporcionalidad,

El origen de este problema radica en realidad en el concepto de sospechoso, a. En efecto, según se indicó, el término sospechoso perdura como un concepto jurídico indeterminado (no se define en la ley), ni tampoco se ha contemplado la declaración formal de esta situación -la de sospechoso-, ni las reacciones jurídicas que le caben ejercitar al sujeto pasivo (el que es considerado sospechoso), como la posibilidad de entablar un recurso contra tal declaración; ni se ha previsto ningún tipo de decisión o supervisión por la autoridad judicial. Pero es en el sospechoso, precisamente, en el que se ha sustentado tan endeblemente no sólo la inscripción inicial en la base de datos, sino también su permanencia en la misma hasta la prescripción (?) del delito.

Una definición de sospechoso que no diera acogida a una situación vacía de contenido, sino que estableciera, por el contrario, un estatuto del sospechoso, sería un buen comienzo para reconsiderar la aceptabilidad de alguna variante más limitada de la previsión legal actual que estamos comentando, una vez superada la conformidad con otros principios garantistas. como es, en primer lugar, el de proporcionalidad.

Deberá recordarse a este respecto una vez, más la sentencia del TEDH comentada más arriba (caso S. y Marper c. el Reino Unido), la cual parece ser contraria a esta previsión legal española. Como se recordará, en el caso enjuiciado se trataba de dos personas que habían sido imputadas al menos inicialmente, condición a la que no llega tan siquiera la categoría de sospechoso que acoge la ley española, la cual es, asimismo, rechazada por el TEDH, en la Sentencia del 4 de diciembre de 2008.

En conclusión, la ley española podría hallarse enfrentada con el Convenio Europeo de derechos humanos y libertades fundamentales de 1950, conforme a una lectura de la sentencia europea citada, incluso aunque sólo se pronuncia sobre el sospechoso que ha asido absuelto o cuya causa ha sido sobreseída por sentencia.

### iii) Por la cancelación de los antecedentes penales

El otro criterio legal de cancelación de oficio es el del tiempo señalado por la ley para la cancelación de los antecedentes penales, si se hubiese dictado sentencia

condenatoria firme, o absolutoria por la concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad, salvo resolución judicial en contrario. Como se deduce de nuestra propuesta de más arriba, es acertada la previsión de poder incluir a personas que han sido absueltas por falta de culpabilidad o de capacidad de la misma, pues parte del presupuesto de que el sujeto cometió un hecho delictivo típico y antijurídico.

En todo caso se procederá a su cancelación cuando se hubiese dictado auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria por causas distintas de las mencionadas en el párrafo anterior, una vez que sean firmes dichas resoluciones.

iv) Por fallecimiento del sujeto inscrito:

Sobre este particular la Ley establece que los datos pertenecientes a personas fallecidas se cancelarán una vez el encargado de la base de datos tenga conocimiento del fallecimiento, es decir, procederá de oficio (art. 9.2). Por consiguiente, terceros (p. ej., los familiares), podrán demandar la cancelación acreditando fehacientemente el hecho del fallecimiento. Esta regla admite, lógicamente, una excepción, que se refiere a los supuestos sobre procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas contemplados en el artículo 3. 1 b). En tales circunstancias los datos inscritos no se cancelarán mientras sean necesarios para la finalización de los correspondientes procedimientos.

v) Por el ejercicio del Derecho de Cancelación por parte del interesado

La cancelación de los perfiles de ADN puede realizarse también a iniciativa del sujeto interesado, en el ejercicio del derecho que a este respecto le reconoce la LO 10/2007, para lo cual se remite a lo dispuesto en la LORD y normativa de desarrollo. Al estar tasados legalmente los supuestos en los que procede la cancelación de oficio de la inscripción, en realidad el ejercicio de este derecho se reduce a los supuestos en los que no se haya actuado de oficio por el responsable del fichero, en los casos en los que le correspondía hacerlo. La remisión a la LOPD debe entenderse que se hace al procedimiento que ésta establece para la actuación, no porque contemple supuestos diferentes a los de la LO 10/2007, en coherencia con lo que se ha señalado más arriba

sobre las relaciones de aquella Ley y la LOPD en esta materia. Por consiguiente, de acuerdo con lo defendido en otro lugar, en este caso el responsable del fichero no puede decidir la denegación discrecional de la petición de la cancelación, pues entendemos que no es aplicable aquí, por la preferencia de la LO 10/2007. al regular la cancelación de oficio.

vi) Cancelación de datos de personas de identidad desconocida:

Finalmente, se prevé un régimen específico para los identificadores incorporados a la base de datos pertenecientes a personas de identidad desconocida, en cuyo caso permanecerán en la misma en tanto se mantenga dicho anonimato, y una vez identificadas aquéllas, los datos inscritos serán sometidos al régimen general (art. 9.4).

Se ha apuntado correctamente, que esta regulación carece de base en el punto de partida de la Ley respecto a los sujetos incluidos, según se explicó más arriba, es decir, personas de las que se han obtenido muestras indubitadas, como son los sospechosos, detenidos o imputados, o bien restos cadavéricos o personas desaparecidas (art. 3.1 ). A pesar de esta carencia de conexión el alcance de este precepto ha de atribuirse como referido a identificadores obtenidos a partir del ADN de muestras de personas no identificadas que pudieran guardar relación con algún delito como sujetos activos del mismo; de lo contrario, no tendría sentido la referencia a que se sometan al régimen general si se tratase de restos cadavéricos o en relación con personas desaparecidas. No obstante, persiste la ambigüedad sobre la verdadera previsión legal perseguida. El cómputo de los plazos se hará en atención a cómo vayan corriendo legalmente los plazos para la prescripción del delito que motivó la inscripción o, en su caso, para la cancelación de los antecedentes penales.

## V) DERECHOS DE ACCESO Y RECTIFICACIÓN

Se reconocen los derechos de acceso, rectificación y, según quedó dicho más arriba, cancelación por parte del sujeto de los datos que marca la legislación sobre protección de datos de carácter personal (art. 9.3). El régimen para el ejercicio de estos derechos de encuentra en la legislación específica de protección de datos de carácter

personal (LOPD y RD 1720/2007), a la que se remite explícitamente la propia LO 10/2007 (art. 9.3). El ejercicio de estos derechos puede verse sometido a restricciones, como es su denegación por el responsable del fichero en los términos en los que se vio que se pronuncia la LOPD (art. 23); y cómo la denegación está excluida en el supuesto del ejercicio del derecho de cancelación (indudablemente, siempre que no sea infundada).

Otro supuesto en el que está excluida la denegación discrecional a los derechos de acceso, rectificación y cancelación vendría determinada por la circunstancia de que el afectado pretenda comprobar y solicitar la eliminación de identificadores distintos a los que permite en la actualidad la LO 10/2007 (art. 4), pues se trataría de confirmar o de corregir una situación ilegal. Respecto al resto de datos la denegación discrecional continúa siendo aplicable.

Por consiguiente, el afectado dispone de los siguientes procedimientos para ejercer sus derechos de acceso, rectificación y cancelación:

1º Por vía administrativa:

a) Solicitar lo que corresponda al responsable del fichero.

b) De no ser atendido, denegando el o los derechos que se pretendían ejercer, cabrá la posibilidad de acudir al Director de la Agencia Española de Protección de Datos o al órgano autonómico correspondiente, para que valoren la procedencia o improcedencia de la denegación. Ésta será siempre improcedente cuando la petición de acceso, rectificación o cancelación parcial se fundamente en la existencia en la base de datos policial de identificadores no permitidos por la ley, tanto por proceder de un fichero antiguo como si una vez en vigor la LO se ha cometido una extralimitación sobre los identificadores de ADN que se han obtenido y se han inscrito; o cuando el ejercicio del derecho se refiera a la cancelación de la inscripción que de oficio debía haberse realizado.

2º Por vía judicial (contencioso-administrativa):

Cuando la vía administrativa no ha dado satisfacción a sus expectativas.

3º Ante el Tribunal Constitucional (recurso de amparo):

Incluso, una vez agotada la anterior, podría estar expedito el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Recuértese que el mantenimiento de datos o inscripciones improcedentes en una base de datos policial ha sido considerada por el

TEDH contraría al Convenio Europeo sobre derechos humanos y libertades fundamentales, cuya puerta también estaría expedita, una vez agotada la jurisdicción interna.

Es presupuesto para el ejercicio de estos derechos que el afectado conozca que sus datos han sido inscritos en el fichero y quién es el responsable del fichero, pues es a él a quien tendrá que dirigirse el afectado.

#### W) REGISTRO CENTRAL DE DELINCUENTES SEXUALES.

La entrada en vigor de la Ley<sup>172</sup> de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, junto con la Ley Orgánica del mismo nombre, publicada en el BOE el pasado 23 de julio de 2015 y cuya normativa entró en vigor el pasado 12 de agosto del mismo año, suponen la reforma de una veintena de leyes, no sólo el Código Civil y la de protección del menor, sino también la de Extranjería, la de Seguridad Social, la de Dependencia o la de Violencia de Género, para dar forma a todo el cuerpo normativo que afecta a los niños y adolescentes en España, en algunos casos creando nuevas medidas y en otros, aglutinando las que ya aplican las comunidades autónomas.

En cuanto al Registro de Delincentes Sexuales, incluye datos de perfil genético (ADN), previsto en la Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que entró en vigor el 18 de agosto de 2015, publicada en el BOE el 29 de julio del mismo año. Vemos que a los efectos de prevención, se crea, dentro del sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, el Registro Central de Delincentes Sexuales que contendrá la identidad de los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos, o explotación de menores, e información sobre su perfil genético de ADN.

El art 13 apartado 5 establece “... *Será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual,*

---

<sup>172</sup> Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia en cuya Disposición final decimoséptima se procede a adoptar las medidas oportunas para la creación del registro central de delincentes sexuales.

*exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales...”*

Así la nueva normativa establece que quienes quieran trabajar en contacto con menores, acrediten que no han sido condenados en firme por ningún delito relacionado con niños o adolescentes. Aquí España cumple una obligación que España tenía desde 2010, cuando suscribió el Convenio de Lanzarote del Consejo de Europa que obliga a adoptar este tipo de medidas para evitar la exposición de los niños a situaciones de riesgo. Países como Francia o Reino Unido, que también ratificaron aquel acuerdo, ya lo están aplicando.

Se trata de que antes de emplear a una persona en una labor relacionada con niños, la institución, entidad, el particular o la administración contratante compruebe si el candidato tiene antecedentes penales por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, la trata de seres humanos o la explotación de menores.

Se exige un certificado negativo del mencionado Registro de Delincuentes Sexuales, que esta vinculado al Registro Central de Penados, con carácter confidencial y contiene información sobre la identidad y el perfil genético de todas las personas condenadas por estos delitos en España. La previsión afecta, tanto al personal de los centros educativos como a los pediatras, los voluntarios de organizaciones no gubernamentales, los catequistas, los monitores de tiempo libre o los profesores particulares. El fin es tener un canal para que, hasta a nivel internacional, se tengan posibilidades de conocer el listado e identidad de estas personas a efectos internos policiales y judiciales.

Con ello se pretende hacer posible un seguimiento y control de las personas condenadas por estos delitos no solo en España sino también en otros países. Asimismo, la Administración General del Estado colaborará con las autoridades competentes de los Estados miembros de la Unión Europea, para facilitar el intercambio de información en este ámbito.

Destaca en este sentido el caso estadounidense, donde los registros se emplean desde hace décadas, son de acceso público en Internet y llevan aparejados otras gravosas medidas como la notificación a la comunidad o las restricciones en el establecimiento de domicilio. En el ámbito internacional, los registros de delincuentes sexuales tampoco son una novedad. Dichos registros, entendidos como bases de datos en las que se inscriben aquellas personas condenadas por delitos sexuales una vez abandonan el centro penitenciario y retornan a la sociedad, ya existen desde hace años en diferentes países como Australia, Canadá, Francia entre otros. Los registros estadounidenses son necesariamente de acceso público (y muy sencillo), la inscripción es de larga duración (perpetua en muchos casos) y lleva aparejada consecuencias como la notificación a la comunidad o las restricciones para el establecimiento de domicilio.

En cuanto a los estudios llevados a cabo allí, sobre la efectividad de los registros, en ellos se concluye que no existe una diferencia estadísticamente significativa en las tasas de reincidencia entre sujetos registrados y sujetos no registrados<sup>173</sup> y que tampoco las cifras generales de delincuencia sexual disminuyen tras la puesta en marcha de los registros. Esto es, ni desde el punto de vista de prevención general ni desde el de prevención especial son efectivos.

Se hacen e notorios problemas que afectan a la legalidad de estas medidas dentro del marco constitucional. Tres de ellos son: la posible vulneración al principio de proporcionalidad, al principio de retroactividad y al derecho a un proceso justo. Tenemos también el derecho a un juicio público (artículo 120 de la Constitución), los antecedentes penales no lo son (artículo 136.4 del Código Penal) y toda publicación de datos personales habrá de respetar los límites marcados por la Ley Orgánica de Protección de Datos.

Otra circunstancia que se debe valorar es que según el artículo 25 de la Constitución, existe un principio de reinserción, lo cual no parece compatible con un registro permanente, aun cuando sea revisable.

---

<sup>173</sup> TEICHMAN, D.: “Sex, shame and the law: an economic perspective on Megan’s Laws”, en Harvard Journal on Legislation, 42, 2005, p. 366.





## CONCLUSIONES

### -I-

La posibilidad de individualización genética de las personas, afecta a los distintos campos del Derecho, en especial la utilización la prueba de ADN en procedimientos judiciales para la averiguación de la autoría de un delito hizo necesario que se encarara una regulación específica de estas conductas como ocurre con la LO 10/2007.

### -II-

El uso de técnicas de ADN en la investigación penal, experimentó una notable expansión, por un lado en el catálogo de infracciones penales cuya investigación y prueba admite el recurso a las técnicas de ADN; en segundo término a paralela reducción en la intensidad de la imputación exigible para acceder a dichas técnicas y en tercer lugar la reducción de las garantías que rodean la aplicación de las mismas.

### -III-

El perfil genético, tiene una capacidad discriminativa de gran potencia para diferenciar personas. Siendo evidentes los grandes avances que se han producido en los últimos años en el campo de la biología genética, no significa esto que las modernas técnicas científicas puedan utilizarse sin más para basar sobre ellas la condena o la absolución de un acusado. En última instancia, nos encontramos con un problema de política legislativa.

### -IV-

El paso de una técnica a otra ha tratado de uniformar el proceso de averiguación del perfil genético del individuo. En todos los países estudiados ha sido por ensayo y error que se llega a una regulación legal de esta materia. Su aceptación ha sido progresiva, de hecho en ese momento se utilizaban 8 marcadores de ADN y hoy en día las fuerzas de seguridad utilizan 16 marcadores más el sexo. El acceso al ADN no

codificante para realizar los estudios de los perfiles comporta asimismo la posibilidad de acceder a todo el ADN, es decir, también al codificante.

-V-

Un límite de la técnica es la existencia de fuentes de error aún no totalmente controlables en la práctica forense. Destacamos la importancia de que se garantice la incolumidad de la cadena de custodia de la muestra, referida al aseguramiento de la identidad y la adecuada conservación y custodia de la muestra biológica sobre la que se realizan los análisis de ADN desde su obtención en el entorno del delito (la víctima, el lugar de los hechos) hasta que se incorpora definitivamente al proceso como medio de prueba.

-VI-

En el ámbito europeo la discusión se centro en la inclusión del área codificante o no del ADN en la identificación. Otras de las discusiones tiene que ver con la posterior utilización de los datos obtenidos por razones médicas para otros fines distintos, por ejemplo una investigación criminal. Todos los países coinciden en poner como límite a la utilización de técnicas genéticas referidas al ser humano los derechos humanos según están consagrados en las constituciones de los estados democráticos y acuerdos internacionales.

-VII-

Alemania, en cuanto a la toma de muestras la legislación permite la toma de muestras y otras intervenciones físicas, sin el consentimiento del inculcado, si esto no implica un perjuicio para su salud. Allí se incorporó con fecha 17 de marzo de 1997 la regulación del empleo de la huella genética en el proceso penal.

-VIII-

En Gran Bretaña se viene procediendo al almacenamiento de los perfiles de ADN en un banco de datos, denominado National DNA Database, desde abril de 1995.

### *ADN: Huellas Genéticas en el Proceso Penal*

La regulación vigente en Gran Bretaña es quizás la que más se aleja de las Recomendaciones del Comité de Ministros Europeo, primando la eficacia en la averiguación de la autoría de un delito mediante la utilización de las técnicas de análisis de ADN en el ámbito de la justicia penal.

#### -IX-

En EEUU obtenida la muestra de ADN, practicado el análisis genético sobre el mismo y almacenadas las muestras de ADN, la información genética privada resultante no puede ser desvelada salvo, también en este caso, la autorización escrita del afectado. Puede defenderse que con ocasión de las investigaciones penales el espíritu del legislador sigue siendo mantener el análisis de ADN en el ámbito más estricto, que menor perjuicio pueda ocasionar al afectado. En 1990 el FBI creó y desarrolló el denominado Combined DNA Index System (Codis), o banco nacional estadounidense de perfiles de ADN. En alguna medida y como ocurrió en Reino Unido si bien inicialmente el CODIS estuvo orientado a los delincuentes sexuales, ha acabado ampliándose, hasta el punto de llegar a incluir a cualquier persona que delinca y la tendencia es extenderla a toda clase de delitos.

#### -X-

La lucha contra grandes delitos, como por ejemplo el terrorismo, aparentemente legítima a invadir derechos antes considerados intangibles, haciendo notorio lo dificultoso que es mantener el equilibrio entre libertad individual y seguridad colectiva. Los Estados tienden a la cooperación transfronteriza en el manejo de los datos y en este contexto se inscribe la adhesión de varios países al Tratado de Prüm.

#### -XI-

En la mayoría de los países estudiados se ve la minuciosidad en la enumeración de los delitos de índole sexual, siendo estos últimos los que motivan la regulación de todo lo relativo a la extracción de muestras, en Estados Unidos por ejemplo comienza

la regulación de las extracciones de ADN sobre todo motivada por la gran cantidad de delitos contra la libertad sexual que se cometían anualmente en aquel país.

-XII-

En lo referido a las investigaciones penales el espíritu del legislador sigue siendo mantener el análisis de ADN en el ámbito más estricto, que menor perjuicio pueda ocasionar al afectado, pero la amplitud de cierta terminología en la legislación en muchos casos, sobre todo terrorismo hacen que pueda extenderse.

-XIII-

En Argentina, el 28 de noviembre de 2009 se publica la Ley 26.549 que reforma el Código Procesal Penal sobre Extracción compulsiva muestras biológicas, incorporando el artículo 218 bis a dicho Código. Admite mínimas extracciones de sangre, saliva, piel, cabello u otras muestras biológicas, a efectuarse según las reglas del saber médico, cuando no fuere de temer perjuicio alguno para la integridad física de la persona sobre la que deba efectuarse la medida, debiendo practicar la misma “...del modo menos lesivo para la persona y sin afectar su pudor...”. En cuanto a las medidas coercitivas sobre el afectado por la medida en ningún caso podrá exceder el estrictamente necesario para su realización.

-XIV-

En lo referente a los Derechos Fundamentales la legislación española vigente al respecto exige de manera indiscutible la intervención judicial para ordenar diligencias de investigación que requieran la toma de muestras biológicas de una persona. El Juez deberá dictar una resolución motivada, y ordenar que se practique aquella que resulte menos lesiva o perjudicial. Los tribunales han limitado la práctica de la prueba de ADN a delitos graves, en aplicación del principio de proporcionalidad.

-XV-

Con el fin de restringir el derecho a la intimidad en un grado mínimo, la regulación de la prueba de ADN en investigación criminal determina que los marcadores a utilizar sean meramente identificadores. Limitándolo a los marcadores no codificantes. El consentimiento del imputado a someterse a una medida de intervención corporal no legitima per se, a esta, pues dichas medidas deberán ser, en todo caso, respetuosas con su integridad física y moral, su salud y dignidad personal, su intimidad y proporcionalidad con los hechos investigados.

-XVI-

La prueba de ADN llevada a cabo con fines de investigación criminal exige la autorización judicial en resolución debidamente motivada ya que únicamente el Juez Instructor está cualificado para ponderar las razones de necesidad legalidad y proporcionalidad exigida para cualquier intervención corporal. En el campo de obtención de ADN en el proceso penal hay que atender a diversas variables según si los materiales necesarios han de ser obtenidos del cuerpo del sujeto fuente o se encuentran separados del mismo.

-XVII-

La prueba genética practicada, debe ser sometida a contradicción en juicio oral con la presencia de los peritos. Éstas no son de fácil reproducción ni pueden por ello practicarse en el juicio oral, por lo que son tenidas, a modo de excepción como ya practicadas, dando lugar a la llamada prueba preconstituida. Una vez concluidos los actos de investigación, la fuente de prueba obtenida será lícita y podrá ser utilizada a efectos probatorios en el proceso penal, o dicho de otro modo, si la medida adoptada no cumple dichos presupuestos de legitimidad constitucional, con la misma se habrán vulnerado los derechos fundamentales afectados y la fuente de prueba deberá ser considerada ilícita.

-XVIII-

Las pruebas de perfiles de ADN no permitirán afirmar que un vestigio biológico pertenece con absoluta seguridad (probabilidad del 100%) a una persona determinada. La genética forense, no valora los resultados de las pruebas en términos de fiabilidad absoluta, sino que valoran el mayor o menor grado de incertidumbre en términos de probabilidades. Para valorar, de forma objetiva, la prueba científica, el Juez no tendría más que multiplicar (y aquí es donde el teorema de Bayes se aplica) su grado de creencia previo sobre la culpabilidad del acusado, el valor a priori, por un factor que el perito debe proporcionar siempre al Juez y que se conoce como "likelihood ratio" (LR) y que se puede denominar "razón bayesiana de probabilidad".

-XIX-

La doctrina y la jurisprudencia niega el carácter de obligación procesal al sometimiento a este tipo de intervenciones corporales y entienden que la resolución judicial genera, a lo sumo, una carga procesal.

-XX-

Como medio de prueba exige una valoración sobre la cualificación del perito, sobre la técnica utilizada, las garantías de la recogida, cadena de custodia y la comprobación de que se ha llevado a cabo dentro de los márgenes permitidos por la ley. Para la valoración del resultado, se deberá ponderar la probabilidad de que el análisis de un vestigio corresponde al análisis de una muestra de un individuo determinado.

-XXI-

La decisión judicial se extiende tanto a la intervención corporal en si misma, como a la obtención inmediata de la muestra correspondiente y a su posterior estudio pericial, es decir, la extracción de datos (los perfiles de ADN), puesto que cada uno de estos actos puede comportar la afcción de derechos fundamentales distintos y con

diversa intensidad. Esto conclusión pone en evidencia la necesidad de que el legislador aborde con urgencia y de forma global y conjunta las diversas formas de inspección, reconocimiento e intervención corporales, sin perjuicio de atender también las peculiaridades que presenten algunas de ellas y por lo cual deban tener igualmente acogida legal.

-XXII-

La mera inclusión nominal de una persona en un fichero que incorpore cualesquiera datos que le conciernan, nos sitúa ya en la esfera de la protección de los datos de carácter personal. Deberán tomarse medidas que garanticen que los resultados del análisis de ADN y la información derivada del mismo se eliminen cuando ya no sea necesario guardarlos para los fines que fueron utilizados. No obstante, podrán conservarse los resultados del análisis de ADN y la información derivada del mismo cuando la persona interesada haya sido condenada por delito grave contra la vida, la integridad o la seguridad de las personas.

-XXIII-

Respecto de la efectividad de los registros no existe una diferencia estadísticamente significativa en las tasas de reincidencia entre sujetos registrados y sujetos no registrados y que tampoco las cifras generales de delincuencia sexual disminuyen tras la puesta en marcha de los registros

-XXIV-

Es positivo el cambio en la redacción otorgada, por la transposición de la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia letrada en los procesos penales, en la reciente Reforma, al apartado c) del art. 520.6 LECrim en virtud del cual es precisa la asistencia letrada para la recogida de muestras de sustancias biológicas del detenido (ADN), aunque exista el consentimiento del imputado, pues la falta de autorización judicial para la obtención de prueba biológica resulta un riesgo innecesario

que puede afectar a la cadena de custodia en la obtención de una prueba y que a la postre pueda conllevar igualmente su nulidad por la vía del art. 11.1 LOPJ. La LECrim incluye como uno de los cometidos de la asistencia letrada el informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de las diligencias que se soliciten. Si el detenido se opusiera a la recogida de muestras mediante frotis bucal, el Juez instructor impondrá la ejecución forzosa de la medida respetando el derecho de defensa pues no cabe otra opción que obtener esa ejecución acordando en resolución motivada que exprese las razones de su ejecución.



## GLOSARIO DE TÉRMINOS

**ADN:** Acido Dexosirribonucleico: Acido nucleico formado por nucleótidos en los que el azúcar es desoxirribosa, y las bases nitrogenadas son adenina, timina, citosina y guanina. Excepto en los retrovirus que tienen ARN, el ADN codifica la información para la reproducción y funcionamiento de las células y para la replicación de la propia molécula de ADN. Representa la copia de seguridad o depósito de la información genética primaria, que en las células eucariotas está confinada en la caja fuerte del núcleo.

**Alelo:** Cada uno de los genes del par que ocupa el mismo lugar en los cromosomas homólogos. Su expresión determina el mismo carácter o rasgo de organización, como el color de los ojos.

**Anomalía:** Irregularidad, anormalidad, rareza. Ej. la miopía es una anomalía de la vista.

**Asepsia:** Conjunto de procedimientos científicos destinados a preservar de gérmenes infecciosos el organismo, aplicados principalmente a la esterilización del material quirúrgico o de preservación.

**Biodiversidad:** Conjunto de todas las especies de plantas y animales, su material genético y los ecosistemas de los que forman parte.

**Biotecnología:** Toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos en usos específicos.

**Catalización:** Sustancia que acelera el proceso. Acelerador.

**Célula:** Unidad de estructura y funcional de plantas y animales que consta típicamente de una masa de citoplasma que encierra un núcleo (excepto en procariotas) y limitada por una membrana diferencialmente permeable. Es la unidad viva más simple que se reproduce por división. Normalmente cada célula contiene material genético en forma de ADN incorporado a un núcleo celular, que se escinde al dividirse la célula. Los organismos superiores contienen grandes cantidades de células interdependientes. Sin

### *ADN: Huellas Genéticas en el Proceso Penal*

embargo, éstas últimas pueden tratarse independientemente como células libres en medios y cultivos nutrientes apropiados.

Crioconservación: Congelamiento de los embriones supernumerarios.

Cromosoma: Corpúsculo intracelular alargado que consta de ADN, asociado con proteínas, y constituido por una serie lineal de unidades funcionales conocidas como genes. La especie humana tiene 46 cromosomas (23 pares). Su número varía desde el mínimo de un cromosoma en las obreras de la hormiga *Myrmecia pilosula* hasta los 1.260 cromosomas (630 pares) del helecho *Ophioglossum recitulatum*.

Discriminación genética: Discriminación debida a las implicaciones sociolaborales que el conocimiento de la carga genética lleva implícita.

Electrólisis: Descomposición de una sustancia en disolución mediante la corriente eléctrica.

Enzima: Catalizador biológico, normalmente una proteína, que media y promueve un proceso químico sin ser ella misma alterada o destruida. Son catalizadores extremadamente eficientes y muy específicamente vinculados a reacciones particulares.

Fenotipo: Conjunto de propiedades orgánicas manifiestas o expresadas por un organismo, sean o no hereditarias. Vgr. color de los ojos, textura del cabello, grupo sanguíneo, etc.

Gen: Unidad física y funcional del material hereditario que determina un carácter del individuo y que se transmite de generación en generación. Su base material la constituye una porción de cromosoma (locus) que codifica la información mediante secuencias de ADN.

Genética: Ciencia que trata de la reproducción, herencia, variación y del conjunto de fenómenos y problemas relativos a la descendencia.

Genoma: Conjunto de todos los genes de un organismo, de todo el patrimonio genético almacenado en el conjunto de su ADN o de sus cromosomas.

Genotipo: Constitución genética, de uno o más genes, de un organismo en relación a un rasgo hereditario específico o a un conjunto de ellos; que provienen de una combinación particular de genes, por ejemplo, las sustancias grupoespecíficas.

### *ADN: Huellas Genéticas en el Proceso Penal*

**Ingeniería Genética:** Conjunto de técnicas utilizadas para introducir un gen extraño (heterólogo) en un organismo con el fin de modificar su material genético y los productos de expresión.

**Mapa genético:** Diagrama descriptivo de los genes en cada cromosoma.

**Mutación:** Cambio del material genético. Puede afectar a cambios en un par de bases del ADN, en un gen específico o en la estructura cromosómica. La mutación en la línea germinal o relativa a las células sexuales, puede conducir a patologías genéticas o a cambios substanciales de la evolución biológica. En relación a las células somáticas la mutación constituye el origen de algunos cánceres y de ciertos aspectos del envejecimiento.

**Núcleo:** Parte central de una célula.

**Proteína:** Biomoléculas formadas por macropolímeros de aminoácidos, o macropolipéptidos. Actúan como enzimas, hormonas y estructuras contráctiles que atribuyen a los organismos sus propias características de tamaño, potencial metabólico, color y capacidades físicas.

**Proyecto Genoma Humano:** Programa de Investigación consistente en determinar la secuencia completa de nucleótidos de los cromosomas de la especie humana y de organismos modelo utilizados en experimentación de laboratorio (la bacteria *Escherichia coli*, la levadura *Bacillus subtilis*, el nematodo *Caenorhabditis elegans* o la mosca del vinagre *Drosophila melanogaster*), para conocer todos y cada uno de los genes humanos, su localización y función. Liderado por James D. Watson y dependiente del Departamento de Energía y de los Institutos Nacionales de Salud de Estados Unidos, cuenta con un presupuesto anual de 200 millones de dólares desde 1990 hasta 2005. Entre 1981 y 1995 se han concedido en todo el mundo 1.175 patentes sobre material genético humano.

**Recombinación genética:** Redisposición genética. In Vitro entre fragmentos de ADN de orígenes diferentes o no contiguos. In vivo entre copias homólogas de un mismo gen (manipulación cromosómica), o como resultado de la integración en el genoma de un elemento genético.

**Replicación:** Proceso por el que una molécula de ADN o ARN origina otra idéntica a la preexistente. En general, duplicación del ácido nucleico.

### *ADN: Huellas Genéticas en el Proceso Penal*

Secuencia de ADN: Orden de encadenamiento de las bases nitrogenadas de los nucleótidos que constituyen el ADN y que cifra toda la información genética. Cuando es codificante (exón), define el orden de los aminoácidos que forman la proteína correspondiente.

Técnica de recombinación del ADN: Conjunto de técnicas de manipulación genética que emplea la recombinación in vitro asociada a la inserción, réplica y expresión del ADN recombinado dentro de células vivas.

Virus: Entidad acelular infecciosa que, aunque puede sobrevivir extracelularmente, es un parásito absoluto porque solamente es capaz de replicarse en el seno de células vivas específicas, pero sin generar energía ni ninguna actividad metabólica. Los componentes permanentes de los virus son ácido nucleico (ADN o ARN, de una o de dos cadenas) envuelto por una cubierta proteica llamada cápside.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRISQUETA, J.A., “*Genes y discriminación*”, Revista de Derecho y Genoma Humano 11/99, págs. 155 y ss.
- AITKEN, C.G., STONEY, D.A., “*The use of statistics in forensic science*”, ed. James Robertson, West Sussex, 1991.
- ALMAGRO NOSETE, J., “*Teoría general de la prueba en el Derecho penal*”, La prueba en el Derecho penal, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 39.
- ALONSO, A., “*El ADN en la investigación penal y civil*”, Revista del Ministerio Fiscal núm. 6, ed. Ministerio de Justicia, 1999, pág. 278.
- ALONSO, A., “*Regiones microsátélites del genoma humano (short tandem repeats). Aplicaciones en Genética forense*”, La prueba del ADN en Medicina forense, (dir. Martínez Jarreta, B.), ed. Masson, 1999.
- ALONSO, A., “*Una década de perfiles de ADN en la investigación penal y civil en España: la necesidad de una regulación legal*”, Genética y Derecho, ed. CGPJ, Madrid, 2001, págs. 68 y ss.
- ALONSO PÉREZ, F., “*La llamada diligencia de reconocimiento fotográfico*”, La ley 5663/ 2002, págs 1 y ss.
- ALONSO PÉREZ, F., “*Medios de investigación en el proceso penal*”, ed. Dykinson, Madrid, 1999.
- ÁLVAREZ CIENFUEGOS, J. M., “*La protección del derecho a la intimidad de las personas*”, ed. CGPJ, Madrid, 1997.
- ÁLVAREZ de NEYRA KAPPLER, SUSANA “ *La prueba de ADN en el proceso penal* Comares. 2008
- AMMON, U., “*Prueba genética en el mundo laboral. Contribución al debate sobre la necesidad de una regulación en la República Federal de Alemania*”, El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, vol. IV, ed. Fundación BBV, Bilbao, 1994, págs. 321 y ss.
- ANDRADAS, J., “*Uso de la tecnología del ADN en la policía española*”, La prueba del

ADN en Medicina forense, (dir. Martínez Jarreta, B., ) ed. Masson, Barcelona, 1999, págs. 201 y ss.

APARISI MIRALLES, A., “*El proyecto genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho*”, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

ASIER URRUELA MORA, “*Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*” Fundación BBVA, Bilbao 2004 pag 353.

BARCELONA, J., “*El secreto policial. Acceso a archivos y registros de la policía. Los ficheros automatizados de las fuerzas y Cuerpos de seguridad*”, Acceso judicial a la obtención de datos, ed. CGPJ, Madrid, 1997, págs. 157 y ss.

BERISTAIN, A., “*¿Ética en la criminología europea?*”, Actualidad Penal 24/10, págs. 415 y ss.

BILLING, P.R., “*Discrimination as consequence of genetic testing*”, American Journal Human Genetic, 50/1995, págs. 476 y ss.

BIDART CAMPOS, GERMÁN, “*La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación*”, en ED 157-255

BUDOWLE, B., “*CODIS y marcadores polimórficos de tipo STR. Dos instrumentos polimórficos al servicio de la ley*”, La prueba del ADN en Medicina Forense, (dir. Martínez Jarreta, B.,) ed. Masson, 1999, págs. 227 y ss.

CARRACEDO, A., “*La huella genética*”, Genética Humana. Fundamentos para el estudio de los efectos sociales de las investigaciones sobre el genoma humano., ed. Romeo Casabona, Carlos. Bilbao, 1992, págs. 295 y ss.

CARRACEDO, A., “*La identificación de la persona mediante pruebas genéticas: aspectos medico-legales*”, El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano vol. IV, ed. Fundación BBV, Bilbao, 1994, págs. 117 y ss.

CARRACEDO, A., BARROS, F., LAREU, M. V., PESTONI, C., RODRIGUEZ-CALVO, M. S., “*The emulation of the evidence in DNA typing*”, Science and Justice 36(3), 1996, págs. 204 y ss.

CARRACEDO, A., PESTONI, C. GUILLÉN, M., “*The situation of forensic DNA analysis in Spain*”, Forensic Science Internacional, 88/97, págs. 81 y ss.

CARRACEDO, A., “*Valoración de la prueba de ADN*”, La prueba del ADN en Medicina forense, (dir. Martínez Jarreta, B.,) ed. Masson, Barcelona, 1999, págs. 301 y ss.

CASABONA ROMEO, CARLOS. M; “*Revista derecho y genoma humano*” núm 1, 9, 23, 27. Fundación BBVA.

CASADO, M., GONZAÉZ-DUARTE, R., “*Los retos de la genética en el siglo XXI: Genética y Bioética*”, vva, ed. Universitat de Barcelona, Barcelona, 1999.

CASADI, M., “*Estudios de Bioética y Derecho*”, vva, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 13 y ss.

CASALLO LÓPEZ, J. M., “*Aspectos del tratamiento automatizado del código genético*”, Revista del Ministerio Fiscal núm. 6, ed. Ministerio de Justicia, 1999, págs. 283 y ss.

CATALANO, G., “*Análisis genético de los trabajadores italianos: un enfoque jurídico*”, El Derecho ante el Proyecto Humano, vol IV, ed. Universidad de Barcelona, Bilbao, 1994, págs. 329 y ss.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A.; “*Las técnicas de ADN como método de identificación del autor de delitos contra la libertad sexual*”, La Ley, vol. III, 1994, págs. 814 y ss.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “*Pericia genética y proceso penal*”, Revista de Derecho y Genoma Humano, 9/98, págs. 67 y ss.

CUESTA ARZAMENDI, J. L., “*Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995*”, Revista de Derecho y Genoma Humano, 5/96, págs. 63 y ss.

CUESTA, P. J., “*Los mecanismos de identificación y su uso en el proceso penal: Interrogantes a propósito de la huella de ADN*”, Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad, vva. ed. Comares, Bilbao-Granada, 2002, págs. 120 y ss.

D’ALOJA, E., “*Ethical and legal issues of DNA typing in forensic medicine: a brief survey on the Italian situation*”, Forensic Science International, 88/97, págs. 75 y ss.

DE DIEGO DIEZ L.A., “*La identificación del delincuente a través de las huellas dactilares: la prueba dactiloscópica*”, ed. Tecnos, Madrid, 1992.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “*Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995*”, Revista de Derecho y Genoma Humano 5/96, págs. 49 y ss.

DE SOLA, C., “*Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto*”. Revista de Derecho y Genoma Humano, 1/94, págs. 179 y ss.

DÍAZ CABIALE, J.A., “*Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo*

*humano como objeto de recogida de muestra para análisis periciales*”, Medidas restrictivas de derechos fundamentales, ed. CGPJ, Madrid, 1996, págs. 67 y ss.

EGGLESTON, R., “*Evidence Proof, and Probability*”, ed. Weidenfeld and Nicolson, London, 1983.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., “*El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad*”, Revista de Derecho y Genoma Humano 2/95, págs. 87 y ss.

ESPÍN, E., “*Los derechos de la esfera personal*”, (dir. Lopez Guerra, L.) vva., Derecho Constitucional, vol. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, págs. 181 y ss.

ESTADELLA, O., “*La Protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*”, ed. Tecnos, Madrid, 1995.

ETXEBERRÍA GURIDI, J., “*La inadmisibilidad de los “test masivos” de ADN en la investigación de hechos punibles*”, Actualidad Penal, julio 1999, págs. 541 y ss.

ETXEBERRÍA GUIRIDI, J., “*Los análisis del ADN y su aplicación al proceso penal*”, ed. Comares, Granada, 2000, págs. 296 y ss..

ETXEBERRIA GURIDI, J., La protección de los datos de carácter personal en el ámbito de la investigación penal, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1998 cit., pág. 195.

EWETT, I., “*Bayesian inference and forensic science problems and perspectives*”, The statistician, 36/87, págs. 99 y ss.

FERNÁNDEZ COBOS, A. L., “*La policía científica y la prueba: Utilización de material genético en criminalística y pruebas de paternidad, aspectos éticos técnicos y legales*”, La prueba en el proceso penal II, ed. CGPJ, Madrid, 1996, págs. 609 y ss.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J., “*Pruebas genéticas en el Derecho del trabajo*”, ed. Civitas, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E., “*La elaboración de bases de datos de perfiles de ADN de delincuentes: aspectos procesales*”, vva., ed. Comares, Bilbao-Granada, 2002, págs. 125 y ss.

FIGUEROA YAÑEZ, G., “*El derecho a la intimidad reserva o secreto. Cambios de perspectiva a partir de las investigaciones sobre el genoma humano*”, Revista de Derecho y Genoma Humano, 11/99, págs. 57 y ss.

GARCÍA FERNÁNDEZ, O., ALONSO, A., “*Las Bases de Datos de Perfiles de ADN como instrumento de investigación policial*”, Bases de datos de perfiles de ADN y



criminalidad, vva., ed. Comares, Bilbao-Granada, 2002, págs. 41 y ss.

GARCÍA BARRENO, P., (dir.) *“50 años de ADN: la doble helice”*, ed. Espasa, Madrid, 2003.

GARCIANDÍA, P., *“La peritación como medio de prueba en el proceso civil español”*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

GELOWITZ, M., *“DNA Fingerprint: What’s bread in the blood”*, Criminal Report, 1998, vol. 65.

GIL HERNÁNDEZ, A., *“Intervenciones corporales y derechos fundamentales”*, ed. Colex, Madrid, 1995.

GIL HERNÁNDEZ, A., *“La investigación genética como medio de prueba en el proceso penal”*, Actualidad penal 44, 1996, págs. 865 y ss.

GÓMEZ ORBANEJA, E., *“Derecho Procesal Penal”*, ed. Gomez Orbaneja, Madrid, 1986, pág. 11.

GONZÁLEZ CUELLAR, N., *“Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”*, ed. Colex, Madrid, 1990.

GÖSEL, K. H., *“Las investigaciones genéticas como objeto de prueba en el proceso penal.”* Revista del Ministerio Fiscal, núm. 3 1996,, pág 136 y ss., traducción al español de Poliano, M.

GOYENA HUERTA, J.; *“La negativa del imputado a intervenir en las diligencias de identificación: consecuencias procesales”*; Actualidad Aranzadi, 367, 1998.

GUILLÉN, M., LAREU, M. V., PESTONO, C., SALAS A., CARRACEDO, A., *“Ethical- Legal poblems of DNA databases in criminal investigation”*, Journal of medical ethics 26, 2000, págs 0 y ss.

GUILLÉN, M., PESTONI, C., CARRACEDO, A., *“Bases de Datos de ADN con fines de investigación criminal: aspectos técnicos y problemas ético- legales.”* Revista de Derecho y Genoma Humano 8/98, págs. 137 y ss.

GUTIÉRREZ CABRIA, S., *“Estadística para las ciencias jurídicas”*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

HEILMAN, E., *“En busca de la identidad: huellas génicas y policía científica”* en BORILLO Daniel, *“ Los genes en el estrado”* Grupo Esferas. Colección Politeya, Estudios de Política y Sociedad.Madrid. 1996 Págs 64 a 72.

HERRAN ORTIZ, A. I., *“La violación de la intimidad en la protección de datos*

*personales*”, ed. Dykinson, Madrid, 1998.

HIGUERA GUIMERÁ, J. F., “*El Derecho Penal y la Genética*”, ed. Trivium, Madrid, 1995.

JEFFEREYS, A. J., WILSON, V., THEIN, S. L., “*Individual specific fingerprints of human DNA*” *Nature*, vol. 316, 1985, págs. 76 y ss.

JORGE BARREIRO, A., “*Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto*” *Genética y Derecho Penal Previsiones en el Código Penal Español de 1995*, ed. Comares, Granada, 2001, págs.61 y ss.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A, “*El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos*”, *Revista de Derecho Comparado*, n. 10, “Derecho de Familia II”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 35.

KAMPEN, P., NIJBOER, J. F., “*DNA fingerprinting*”, *The Dutch Code of Criminal Procedure*, vol.3 (2), 1994, págs. 70 y ss.

LACADENA, J. L., “*Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código Penal*”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* 5/96, págs. 207 y ss.

LANDER, E., y BUDOWLE, B., “*DNA fingerprint dispute laid to rest*”, *Nature*, vol. 37, 1994, págs. 735 y ss.

LAREU, M. V., SALAS, A. CARRACEDO, A., “*ADN mitocondrial. Ventajas y desventajas en Genética Forense*”, *La prueba del ADN en Medicina Forense*, (dir. Martínez Jarreta, B.), ed. Masson, Barcelona, 1999, págs. 95 y ss.

LEMPERT, R., “*The honest scientific guide to DNA evidence*”, *Genética*, 1996, págs. 119 y ss.

LEWONTIN, R. C., “*A Doctrina do ADN*”. *A biología como ideología*, ed. Laiovento, Santiago de Compostela, 2000, pág. 34.

LEWONTIN, R. C., “*Not in our genes*”, ed. Pantheon, New York 1984, págs. 101 y ss.

LLEDO YAGUE, F., “*La identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicaciones jurídicas*”. *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*, vol. IV ed. Fundación BBV, Madrid, 1994, pág. 33.

LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO, “*La filiación ‘presuntiva’ y la filiación ‘verdadera’: la constitucionalidad de la obligatoriedad de las pruebas*

*biológicas*", RDF, n. 36, 2007, p. 115. En el mismo sentido, ver, de los mismos autores, "El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 215 y ss.; y Lloveras, Nora, "La filiación..." cit., p. 94 y ss.

LORENTE ACOSTA, J. A., LORENTE ACOSTA, M. "El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica", ed. Comares, Granada, 1995.

LORENTE, J. A., "Identificación genética criminal: Importancia médico legal de las Bases de Datos de ADN", Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad, vvaa., ed. Comares, Bilbao-Granada, 2002, pág. 17.

LUZON CUESTA, J. M.; "La investigación sobre el ADN y sus problemas. Toma de muestras". Revista del Ministerio Fiscal 6, 1999, págs. 299 y ss.

MARINO TAPIADOR M, SIGÜENZA JUAN A, "Tecnologías biométricas aplicadas a la seguridad". Editorial RAMA, 2005.

MARTÍN PALLÍN, J.A., "Identificación del delincuente", La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, ed. CGPJ, Madrid, 1993, págs. 131 y ss.

MARTÍNEZ GARCÍA, A. S., "La Prueba Pericial", La Prueba en el Proceso Civil, ed. CGPJ, Madrid, 1993, pág. 92.

MIERS, D., "Taking samples under the Police and Criminal Evidence Act 1994", Journal of Clinical Forensic Medicine, 2, 1995, pág. 95.

MONER, E., "Las intervenciones corporales", La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, ed. CGPJ, Madrid, 1993 págs. 163 y ss.

MORA SÁNCHEZ, J. M., "Propuestas para la creación y regulación legal en España de una Base de Datos de ADN con fines de identificación criminal". Bases de datos de perfiles de ADN y criminalidad, vvaa., ed. Comares, Bilbao-Granada, 2002.

MORA, J., "Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN", ed. Comares, Bilbao-Granada, 2001.

MORENO, J., GUILLÉN, M., "ADN y proceso jurisdiccional". Revista Sepin, Práctica penal, enero 2003, págs. 45 y ss.

NARVÁEZ, A., "ADN e investigación penal: su necesaria regulación legal", Revista del Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2/03.

NIELSEN, L., "Pruebas Genéticas y Derecho a la Intimidad: una perspectiva

*Europea*". Revista De Derecho Y Genoma Humano, 4/1996, pág. 77.

O'DONNEL, G., *"Ethical and Legal Issues of DNA Typing in Forensic Medicine. Ireland"*. Comunicación oral y escrita, Congreso de la Sociedad Internacional de Genética Forense, Mainz , 1997.

OLÓRIZ F. *Manual para la identificación de delincuentes de Madrid*. Brucelas.1911

ORTELLS RAMOS, M., *"Exclusividad jurisdiccional para la restricción de Derechos Fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional"*, Medidas restrictivas de derechos fundamentales, ed. CGPJ, Madrid, 1996, págs. 18 y ss.

ORTELLS RAMOS MANUEL, " *El proceso penal en la Doctrina del Tribunal Constitucional*" ( 1981-2004).Thomson Aranzadi.2005

ORTIZ ÚRCULO, J. C., *"El ADN en la investigación penal. Breve repaso a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"*, Revista del Ministerio Fiscal núm. 6, ed. Ministerio de Justicia, 1999, págs. 305 y ss.

PASTOR, J.M. *"Controversia jurisprudencial y avances legislativos sobre la prueba de ADN en el proceso penal."* La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, Nº 46, 2008, págs. 42-73

PEDRAZ, E. *"Valoración de los informes periciales. Reflexiones críticas sobre al jurisprudencia del TS y del TC"*. Actualidad Jurídica Aranzadi, 126, 1993, pág. 5.

PÉREZ MARÍN MARÍA ANGELES, *"Inspecciones, registros e intervenciones corporales"* Las pruebas de adn y otros métodos de investigación policial. Tirant Monografías. Tirant lo blanch. Valencia 2008.

PÉREZ-CRUZ M, A, *Derecho Procesal Penal*, Thomson Reuters - Civitas, 2010, pp. 493-494

PERIS RIERA, J. M., *"El uso jurídico de la identificación genética: conflictos surgidos por la posible restricción de Derechos fundamentales"*. El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano vol. IV, ed. Fundación BBV, Bilbao 1994, págs. 217 y ss.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *"Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación"*. Poder Judicial, 33, 1994, págs. 349 y ss.

RIVES SEVA Pablo A,( Director) " *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*", Thomson Aranzadi. 2008.

ROMEO CASABONA C. "Los identificadores del ADN en el sistema de justicia penal". Thomson Reuters, 2010.

SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., "*De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español*", Revista de Derecho y Genoma Humano, 17/02 págs. 135 y ss.

SEOANE SPIELBERG, J. L., "*Recepción en el proceso de nuevos métodos de investigación científica y derechos fundamentales*". Medicina legal ed. CGPJ, Madrid, 1993.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M., "*Intereses y Valores en la Construcción Biojurídica*", La Ley, vol. III, 1993, pág. 850.

SILVAR, T., MIOZZO, C., "*Presentación de un caso de violación múltiple. ¿Es necesario un banco de datos de perfiles genéticos?*", comunicación oral presentada en las IV Jornadas de Genética Forense celebradas en la Gomera, junio 1999..

STEVENTON, B., "*Creating a DNA Database*", Journal of Criminal Law, vol. 59, 1995, núm 4, pág. 415.

TEICHMAN, D.: "Sex, shame and the law: an economic perspective on Megan's Laws", en Harvard Journal on Legislation, 42, 2005, p. 366.

TORIO LÓPEZ, A., "*Individualidad biológica y culpabilidad*", El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano, vol. II, ed. Fundación BBV, Bilbao, 1994, pág. 120.

TORRES MORATO, M. A., "*Las intervenciones corporales en el proceso penal*". Limitación de derechos fundamentales en el proceso penal, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.

VIDE, M. C., "*Ethical and Legal Issues of DNA Typing in Forensic Medicine. Portugal*". Comunicación escrita Simposio internacional Genetica forense, Mainz, Octubre, 1997.

WALKER, C., "*DNA Profiling and Police Powers*". Criminal Law Review, 1990. pág. 492.

WELLER, P., JEFFREYS, A.J., WILSON, V., "*Organization of the human myoglobin gene*", EMBO Journal, vol. 3, 1984, págs. 439 y ss.

ZANNONI, EDUARDO, "*Derecho Civil. Derecho de Familia*", t. II, 3ª ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 492.





